

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO (UNIFESP)
ESCOLA DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS

Mônica Conceição da Cunha Oliveira

LIBERDADE E RAZÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO CASO
DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO STF

Guarulhos
2018

MÔNICA CONCEIÇÃO DA CUNHA OLIVEIRA

**LIBERDADE E RAZÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO CASO
DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO STF**

Texto de dissertação apresentado ao programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra(*stricto sensu*).

Professor Dr. Orientador: Júlio César Casarin Barroso e Silva

Guarulhos

2018

OLIVEIRA, Mônica Conceição da Cunha

Liberdade e Razão Pública: Uma análise normativa do caso da interrupção voluntária no STF/Mônica Oliveira – Guarulhos, 2018

102 páginas.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Paulo, Escola de Filosofia e Ciências Humanas, 2018

Orientador: Professor Dr. Júlio César Casarin Barroso e Silva

Título em inglês: Freedom and Public Reason: A normative analysis of the case of voluntary interruption in the STF

I.Liberalismo II Aborto III. Razão Pública

MÔNICA CONCEIÇÃO DA CUNHA OLIVEIRA

LIBERDADE E RAZÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE NORMATIVA DO CASO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ NO STF

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestra.

Orientador: Prof. Dr. Júlio César Casarin Barroso
Silva

Data de aprovação:

Prof. Dr. Júlio César Casarin Barroso Silva
Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)

Profa. Dra. Ingrid Cyfer
Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)

Profa. Dra. San Romanelli Assumpção
IESP-Universidade do Estado do Rio de Janeiro(UERJ)

Prof. Dr. Renato Francisquini Teixeira
Universidade Federal da Bahia (UFBA)(Suplente)

AGRADECIMENTOS

No processo de elaboração desta dissertação de mestrado muitos apoios, diretos e indiretos, me foram oferecidos/dados. Gostaria de agradecer imensamente a toda esta rede de apoio que, às vezes até sem entender muito bem a dimensão, esteve sempre próxima e disponível.

Eu gostaria de agradecer ao meu orientador, Júlio Barroso, por estar presente em todos os momentos, dar suporte e nestes 7 anos de orientação. Agradeço também a Ingrid Cyfer, que esteve presente e leu desde as minhas primeiras formulações sobre gênero na graduação. Por fim, a San Romanelli, que apresentou sempre pontuações precisas e construtivas desde a elaboração do projeto desta dissertação.

Agradeço ao apoio e incentivo do Lucas Petroni nos estágios finais, que me fez pensar em várias questões e perspectivas novas, para mim, neste campo.

A Jéssica Melo, por ter me convencido a prestar este processo seletivo, e que junto com as Michelle, Mayara e Isilda estiveram sempre ao meu lado para discutir e criticar a estruturas e os desafios desta pós-graduação. Assim como, o Fernando Filho, que estourou espumantes para a minha aprovação. Literalmente.

Agradeço a Karen Cunha, Dora e Alê por me lembrarem sempre nos dias difíceis como ocupar certos espaços é importante e do esforço que isso é necessário: Muito obrigada por serem aquela vizinha de confiança.

Eu agradeço o meu irmão Paulinho, por ser essa pessoa tão especial e presente na minha vida, mesmo nos dias ruins de elaboração deste texto. Minha família, de quem sinto saudades.

Agradeço a compreensão dos meus amigos da vida toda que não vejo há meses, especialmente o Lourenço que leu a versão final, bêbado, em Paris, às 1h40.

Meu abraço apertado e muito obrigada Raquel Suely, que foi minha companheira, meu ombro e o meu mais que muito obrigada, sem você eu não teria chegado até aqui.

Meus maiores agradecimentos ao meu marido por todos as noites não dormidas, passeios não feitos, revisões, refeições e abraços: Sem você eu não teria nem começado.

"Everybody feels safe belonging not to the excluded minority but to the excluding majority. You think, I'm glad that's not me. It's basically the same in all the periods in all societies. If you belong to the majority, you can avoid thinking about lots of troubling things.

And those troubling things are all you can think about when you're one of the few" (Murakami, 1Q84)

RESUMO

A presente dissertação busca investigar três decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro referentes aos direitos reprodutivos e mais especificamente à interrupção voluntária da gravidez; e o entendimento sobre os direitos da mulher na sociedade civil à luz dos conceitos de Liberdade, Privacidade e principalmente do conceito rawlsiano de Razão Pública.

Palavras-chave: Liberalismo; Aborto; Razão Pública

ABSTRACT

This dissertation aims at investigating three decisions from the brazilian Supreme Federal Court that deal with reproductive rights and more specifically voluntary interruption of pregnancy; and also the understanding about women's rights in civil society in the light of the concepts of Liberty, Privacy and most of all the rawlsian concept of Public Reason.

Keywords: Liberalism; Abortion; Public Reason

SUMÁRIO

0. INTRODUÇÃO	9
I. CAPÍTULO 1: O CASO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ	15
I.a O sagrado: A vida das mulheres ou a do feto?	19
I.b O Aborto na Suprema Corte: Roe versus Wade	27
II. CAPÍTULO 2: DEMOCRACIA - LIBERDADE E RAZÃO PÚBLICA	33
II.a Liberdade e Privacidade	33
II.b Razão Pública	39
II.c Democracias e tribunais constitucionais	46
III. CAPÍTULO 3: O ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
III.a ADI 3.510: Pesquisa com Células-tronco	59
III.b ADPF 54: Interrupção da gravidez de feto anencéfalo	75
III.c HC 124.306: Interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre	88
III.d Comentários e considerações sobre as ações que tramitam no STF hoje	95
BIBLIOGRAFIA	99

0. INTRODUÇÃO

O caso da interrupção voluntária da gravidez é uma das controvérsias mais divisivas do debate público contemporâneo, na medida em que ilustra e coloca em evidência tensões morais e testam princípios normativos de justiça. Nesta dissertação de mestrado, buscou-se, através de decisões de cortes constitucionais (Brasil e EUA) e à luz do conceito de Razão Pública tal qual defendido por Rawls (2011), analisar brevemente e comparativamente se este conceito explicita a razão daquelas sociedades e como o Brasil trata e define normativamente a posição das mulheres enquanto cidadãs em um estado democrático de direito.

Analisaremos o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal a um conjunto de casos envolvendo o problema da interrupção voluntária da gravidez, problema que atinge diretamente e de maneira mais premente aqueles cidadãos que possuem útero, e que por conseguinte são potenciais gestadores de uma vida. Assim, selecionamos três pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro cujo enfoque temático se relaciona e são precursores da discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez. O primeiro é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510, de 29 de Maio de 2008, e trata da pesquisa com células-tronco; o segundo é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, e versa sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo; e, por último, o Habeas Corpus (HC), 124.306, de 29 de novembro de 2016, que discute a incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O posicionamento dos indivíduos quanto ao tema do aborto na esfera pública serve como marcador moral e político, como veremos adiante no primeiro capítulo. Nas eleições para a Presidência da República em 2010, por exemplo, o tema teve papel de destaque por evidenciar nos discursos dos candidatos suas crenças individuais. Este assunto foi intensamente explorado nos debates da campanha presidencial e pela imprensa. Existem

diversos artigos, acadêmicos e de mídia, que foram produzidos falando sobre esta relação¹ do posicionamento sobre o aborto como um marcador social de moralidade política. Destacamos os posicionamentos de Dilma Rousseff, primeira mulher eleita presidente do Brasil, que em uma entrevista para o jornal Folha de São Paulo em 2007², declarou que “[...]tem que haver a descriminalização do aborto. Hoje, no Brasil, [...] é um absurdo que não haja a descriminalização”³, trazendo otimismo aos movimentos pró-escolha. Em 2010, no entanto, após um debate eleitoral na Rede Vida e um encontro com um grupo de religiosos, ela disse ser “[...] a favor da valorização da vida. Eu já disse no debate da CNBB que sou pessoalmente contra o aborto. É uma violência contra a mulher”⁴. Esta mudança se deu após uma grande campanha midiática utilizando estas declarações de 2007 em vídeos virais e uma queda de 7 pontos na intenção de voto entre o eleitorado evangélico,

“[o]s beneficiários da queda de Dilma foram a evangélica Marina Silva (PV) e o católico José Serra (PSDB). Ambos ganharam votos no eleitorado evangélico. O principal motivo dessa oscilação parece ter sido a polêmica em torno da posição de Dilma em relação à legalização do aborto. A petista, que havia dito ser pela mudança da lei em 2007, teve de ir a público agora dizer que esse é um tema do Congresso, que é contra a prática e que não tomaria iniciativa de propor nenhuma lei para legalizá-la.”⁵

A mudança discursiva de Dilma e a queda no eleitorado após as declarações mostram como os embates políticos em torno do tema são bastantes presentes e definidores na nossa sociedade. Pois,

“[...]o predomínio dos argumentos morais nos enquadramentos ao direito ao aborto, com forte reverberação social, é revelador da crescente presença organizada de setores do campo religioso na esfera política com o objetivo de atuar na definição de políticas públicas do Estado

¹ Ver BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe(orgs.). Aborto e democracia. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(3),setembro-dezembro de 2012,

² Mesmo ano em que seu partido apresenta diretrizes entre as quais o texto “A defesa da autodeterminação das mulheres, da descriminalização do aborto e regulamentação do atendimento a todos os casos no serviço público”. Este texto foi aprovado no 3º Congresso do Partido dos Trabalhadores, no título "O Brasil que Queremos" IN Red latinoamericana de católicas por el derecho de decidir. Disponível em: <http://www.catolicasporelderechoadecidir.net/noticia.php?idn=143> (Acessado 10/11/2017 às 18h00)

³ “Saiba o que Dilma, Serra e Marina já disseram sobre o aborto” IN Portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/saiba-o-que-dilma-serra-e-marina-ja-disseram-so-bre-o-aborto.html> (acessado 25/10/2017 às 00h31).

⁴ Idem ibidem.

⁵ “Após polêmicas Dilma caiu entre evangélicos” IN ESTADÃO. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,apos-polemica-dilma-caiu-entre-evangelicos-imp-,618704>

(Machado, 2013, p 48). A relevância de determinados posicionamentos das igrejas perante a população transforma-a num ator com influência sobre o debate político”⁶

A proibição do aborto possui um componente religioso (e por vezes mal-disfarçado) presente nas argumentações. O uso de razões desse tipo no campo do direito penal num Estado que se define laico pode vir a ser problemático,

“[a] laicidade é entendida não apenas como separação formal entre Igreja e Estado, entre poder político e poder religioso. Ela inclui também a ideia de que os artigos de fé podem presidir as decisões individuais daqueles que escolhem segui-los, mas não as normas que regem a vida comum da sociedade. (...) A laicidade do Estado é, ela também, uma condição da democracia - e a disputa pelo direito ao aborto é um dos terrenos em que se trava a batalha sobre ela”⁷

Segundo dados do Censo 2010⁸, 8,0% do total de entrevistados (apenas 15.335.510 do total de brasileiros), declararam não possuir uma religião. Os grupos religiosos majoritários são 64,6% de indivíduos que se declaram católicos e 22,2% que se declaram evangélicos. Ou seja, a maioria da população brasileira, 86,8%, é cristã, o que se explica pelo processo histórico de formação do Estado brasileiro. No entanto, quando vemos os dados de uma pesquisa recente realizada pelo grupo “Católicas pelo direito de decidir” em parceria com o Ibope, estes

“[...]revelam que 64% dos brasileiros entendem que a decisão sobre o aborto deve ser da própria mulher, um crescimento de 3 pontos percentuais (p.p) na comparação com pesquisa realizada em 2010. Em outro patamar, aumentam de 6% para 9% os que atribuem o poder de decisão ao marido/parceiro, enquanto 6% mencionam o Judiciário, 4% a igreja, 2% a Presidência da República e 1% o Congresso Nacional (todos apresentam variação dentro da margem de erro, comparando com a pesquisa anterior). Aqueles que consideram que nenhum desses deve decidir pelo aborto, passam de 20% para 10% no atual levantamento.”⁹

⁶ MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(3), setembro-dezembro de 2012, p. 213

⁷ Idem *op cit* p 14.

⁸ “Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião” IN IBGE

Disponível em:

<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao> (Acessado em 07/09/2017 às 14h34).

⁹ “Maioria acredita que as mulheres devem decidir sobre o aborto, revela pesquisa” Disponível em:

<http://catolicas.org.br/novidades/releases/maioria-acredita-que-as-mulheres-devem-decidir-sobre-o-aborto/>

Como vimos na pesquisa mostrada acima, a primeira instituição citada pelos brasileiros, fora da família, que deveria decidir sobre isto, é o Judiciário. Utilizaremos esta esfera, como veremos adiante, como a esfera responsável para a análise desta questão. O que podemos afirmar agora, no entanto, com base nestes dados apresentados, é que mesmo que a maioria da população seja cristã, esta ainda acredita que cabe à mulher decidir sobre este tema, decisão que pode vir em detrimento de outras instâncias familiares e sociais.

Segundo dados divulgados pela OMS¹⁰, 95% das mortes decorrentes de abortos ocorrem em países onde não há a descriminalização. A estimativa é de que há 22 milhões de abortos clandestinos anuais sendo feitos no mundo, “tendo uma forte ligação com a morte materna, que representa 70 mil mulheres mortas todos os anos”¹¹. O aborto clandestino constitui a quarta maior causa de morte de mães no Brasil. A partir de dados parciais publicados em um estudo realizado na UNICAMP intitulado “Magnitude do abortamento induzido por faixa etária e grandes regiões”¹², a estimativa é que em 2013 tenham sido induzidos algo entre 685.334 e 856.668 abortos. Destes, apenas 1.523 foram casos de abortos legais (por estupro, ameaças à saúde materna e anencefalia fetal) no período analisado pela pesquisa. O estudo também calcula que em 2013 o SUS gastou cerca de R\$ 142 milhões com procedimentos decorrentes de abortos espontâneos ou induzidos. A aplicação desses dados ao cálculo utilitarista¹³ poderia servir como justificativa da descriminalização, visto que a estimativa de abortos pode ser subavaliada, mesmo com a proibição e os custos aos cofres públicos.

Como uma das estratégias de atuação, alguns grupos articulados reivindicaram a descriminalização também a partir de um argumento segundo o qual o problema do aborto deveria ser encarado como uma questão de saúde pública com a utilização dos dados apresentados acima. A partir da formulação de políticas públicas de saúde específicas,

¹⁰ “Luto pelas mulheres que morrem todos os dias em abortos clandestinos” IN O Levante. Disponível em: <http://www.levante.org.br/luto-pelas-mulheres-que-morrem-todos-os-dias-em-abortos-clandestinos/> acessado dia 28/10/2017 às 11:09)

¹¹ Idem ibidem.

¹² Disponível em: http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf (acessado dia 28/10/2017 às 11:09)

¹³ Denomina-se utilitarista a corrente filosófica, defendida por autores como Bentham (1984), segundo a qual a vida social deve orientar-se pela maximização de alguma medida de bem-estar coletivo, geralmente de caráter econômico e agregacionista.

defenderam em sua argumentação que a criminalização obrigaria as mulheres a recorrer à clandestinidade, diante de um cenário precário de equipamentos e atendimento no caso de recorrer a um aborto; para que esse contexto fosse transformado, mensuraram a quantidade de recursos necessários oriundos do Estado para a melhora dos instrumentos para atendimento da área de saúde, e elencaram providências necessárias para a queda na estatística de mortes por interrupção voluntária de gravidez. Esta estratégia advém do reconhecimento deste tipo de argumentação ter maior aceitação na esfera pública. Todavia, como nos diz Luís Felipe Miguel (2012), uma das controvérsias da utilização deste método é que o enfoque sobre os direitos individuais das mulheres poderia tornar-se pauta

“[...]obscurecida no debate sobre o aborto, até mesmo por conta de opções táticas do movimento em favor de sua descriminalização. [...]há ‘uma tendência em subsumir um direito individual de decidir dentro de uma outra ordem de questões mais ampla chamada direitos reprodutivos’ – ou então, eu acrescentaria, de uma temática de interesse coletivo, a saúde pública.”¹⁴

Neste presente trabalho, o enfoque escolhido para análise das argumentações será o debate em torno dos direitos individuais das mulheres, de como estas são (se o são) caracterizadas como indivíduos plenos em termos de direitos. Por mais que seja um problema de saúde pública, nosso enfoque recai sobre se pleitear este direito pode ser visto como defender uma ordem eticamente individualista e igualitária para as mulheres, e se pode ser visto como um componente para a cidadania.

Para tal análise, focaremos em uma arena de debate específica, como foi mencionado, a de uma Corte Suprema (com a função de exercer o controle de constitucionalidade) e, para isto, a ideia de Razão Pública como defendida por Rawls servirá como norte teórico. Trata-se de uma construção ideal¹⁵ e pensada para um contexto muito específico, coisa que Rawls faz questão de enfatizar nas suas formulações. É um dos componentes da sua concepção de sociedade democrática constitucional, cujo pluralismo de ideias é um fato derivado da cultura de instituições livres. É, por fim, a resultante da

¹⁴ MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(3), setembro-dezembro de 2012, pp. 644.

¹⁵ Para mais ver: VALENTINI, L. Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/63680/1/Valentini_Ideal_vs_non-ideal_author_2012_LSERO.pdf (acessado dia 07/09/2018 às 20:42)

soma dos valores morais e políticos de um governo democrático constitucional, seus cidadãos¹⁶ e o Supremo Tribunal de um Estado - que serviria, segundo ele, como “[..]lugar paradigmático de razão pública”.¹⁷ Sendo o aborto um dos temas mais emblemáticos para debate das sociedades modernas, e que portanto divide moralmente seus defensores e opositores, este conceito e arena – o Supremo Tribunal – são centrais para entendermos como estas se articulam.

Portanto, para analisar como o campo de debate contemporâneo referente aos direitos reprodutivos e as liberdades individuais se constitui, serão utilizados autores como Rawls, Dworkin e Laurence Tribe, que entendem que as instituições não podem, em nome de uma maioria, restringir as liberdades e se impor a uma minoria política com políticas que não são justificáveis a todos da comunidade civil. Mais à frente veremos como cada um destes autores liberais constrói sua argumentação em torno do tema do controle de constitucionalidade e o aborto.

Escolhemos este recorte pois gostaríamos de pensar a leitura que pode ser feita a partir da definição/redução da posição social dos indivíduos a partir das suas capacidades reprodutivas, de características biológicas. Esta foi (e continua sendo) muito utilizada e combatida dentro dos debates das ciências sociais. Simone de Beauvoir (1949), em seu “*Le Deuxième Sexe*”, descreve como ser mulher é uma construção social, desnaturalizando o entendimento de que a diferença sexual se deve principal ou unicamente de características biológicas, e que pode ser sintetizada com a icônica frase “não se nasce mulher, torna-se”. Seu trabalho mostra como esta categorização coloca todos estes indivíduos (mulheres) como sendo o segundo sexo (enquanto os homens seriam o primeiro), ou melhor, como características biológicas determinam uma desigualdade social, política, entre aqueles que possuem útero e aqueles que não possuem. Logo, indivíduos que possuem capacidades reprodutivas socialmente definidas como as das mulheres ficam em posições de inferioridade e têm seus corpos controlados por meio destas políticas (algumas das quais analisaremos neste trabalho).

¹⁶ RAWLS, J. “O liberalismo político”. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pag 523

¹⁷ Idem *op cit* pag 273.

Sendo o direito à autodeterminação em termos de direitos reprodutivos um campo que atinge mais e principalmente as mulheres, que trata do controle sobre os seus corpos e as coloca em uma posição de vulnerabilidade maior em relação ao Estado, importa-nos verificar como as cortes constitucionais versarão sobre este clássico embate entre Indivíduo e os limites da atuação do Estado.

Partimos, portanto, do pressuposto ontológico de que, como Stuart Mill (1991) diz em seu “Sobre a Liberdade”: “o indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto.”¹⁸ No livro, Mill explora a liberdade em sentido civil; para ele, “[s]obre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”¹⁹. Ou seja, é soberano quanto a ações que irão afetá-lo unicamente e a mais ninguém. Sua preocupação é com “[...]a natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exerça sobre o indivíduo”²⁰.

I. CAPÍTULO 1: O CASO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

¹⁸ MILL, J. S. *Sobre a liberdade*. Editora Vozes: Petrópolis, 1991, p 53.

¹⁹ Idem *ibidem*.

²⁰ Idem *op cit* p 45.

Neste capítulo pretende-se apresentar brevemente alguns aspectos substantivos da discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez como problema de moralidade política. Sendo assim, serão utilizados autores que tratam especificamente do tema substantivo do aborto, como Ronald Dworkin e Laurence Tribe, que versam sobre as questões éticas e políticas envolvidas. Mesmo em se tratando de uma abordagem do caso americano, "*Abortion: the Clash of Absolutes*" (1990) de Tribe e "*Life's dominion*" (1993) de Dworkin, trazem uma sistematização de argumentos e posições utilizados para a proibição e a legalização do aborto através do olhar de diversos atores, como juristas, movimentos sociais etc.

Isto posto, será apresentado o caso americano no qual os dois autores focam sua análise, *Roe versus Wade*, a fim de posteriormente o compararmos ao caso brasileiro, nas ações citadas anteriormente. Esta escolha deve-se à maneira como o aborto foi despenalizado nos EUA: não se tratou de uma decisão do legislativo, instituição responsável pela criação de leis, mas sim de uma sentença da Suprema Corte Americana. Esta instituição

“[...]teria o poder de declarar inconstitucionais as leis adotadas pelo congresso ou por qualquer estado , isto é, podem ser invalidadas por serem incompatíveis com as restrições que a Constituição impõe ao governo. Uma vez que [...] tenha se manifestado, nenhuma outra instância governamental pode contrapor-se à sua decisão, por mais que haja a desaprovação popular a ela”^{21 22}

Isso nos leva a uma arena de debate específica, a de um tribunal constitucional; conforme afirmado acima, esta instituição teria um papel decisório mais autônomo em relação aos clamores populares – ou seja, teria espaço para decidir de maneira contramajoritária.

As perguntas que guiarão este capítulo são as seguintes: 1. Como o controle de constitucionalidade sobre um tema tão controverso foi exercido? 2. Quais argumentos são apresentados na defesa da descriminalização e criminalização do aborto? No caso americano, a Suprema Corte em 22 de janeiro de 1973 deu vitória a Roe com uma maioria de sete votos a dois. Após muitas manifestações e debates, denotando o caráter sensível do

²¹ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 6

²² Salvo por alguns mecanismos constitucionais, que têm exigências processuais mais austeras, como emendas.

país em relação ao tema, a corte chegou a um resultado, por maioria, de que sob a jurisdição da Constituição dos Estados Unidos, o aborto é um direito fundamental, a despeito das inúmeras leis estaduais restritivas da prática.

Mesmo com quase 45 anos transcorridos desde a decisão do caso *Roe versus Wade*, os EUA ainda encontram-se divididos sobre a questão. Dworkin (2009) diz que este embate seria equivalente aos conflitos religiosos europeus do século XVII²³, tamanha a intensidade do enfrentamento e o caráter moral da questão. A falta de um consenso sobre o tema é aparente nas declarações dos últimos presidentes dos EUA dos partidos Republicano e Democrata, que dividem e concentram a maior parte do votos do eleitorado, como podemos ver para Bush (2000):

“Eu sei que boas pessoas discordam nesse assunto, mas certamente nós podemos concordar sobre formas de valorizar a vida promovendo adoção e notificação parental, e quando o Congresso me enviar um projeto de lei contra aborto em estágio avançado de gravidez, eu o transformarei em lei.”²⁴

Ou seja, as divergências entre os indivíduos não os tornariam “pessoas ruins”; evitando diretamente indispor-se com uma grande parcela do eleitorado, ele invoca, então, a valorização da vida como sendo o chão comum entre os grupos, e propõe medidas para lidar com o resultado das gravidezes indesejadas. Visto que ele diz que assinaria a lei anti-aborto, caso esta fosse formulada pelo congresso, sinaliza assim seu posicionamento contrário à prática.

E Barack Obama (2009), democrata, de forma similar, diz:

[t]rabalheemos então juntos a fim de reduzir o número de mulheres buscando aborto, reduzamos gravidezes indesejadas. Tornemos a adoção mais disponível. Provejamos cuidado e apoio a mulheres que levam a gestação até o fim.

[...]

Não sugiro que o debate em torno do aborto possa ou deva acabar. Porque não importa o quanto nós queiramos apressadamente encerrá-lo—em

²³ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 3

²⁴ ANDERSON, C. BEYOND A HOUSE DIVIDED - The moral consensus, p 80 Disponível em: http://www.kofc.org/un/en/resources/communications/byhd_abortion_section.pdf (visto em 10/11/2017 às 18:43). Trad. nossa. No original, em inglês: "I know good people disagree on this issue, but surely we can agree on ways to value life by promoting adoption and parental notification, and when Congress sends me a bill against partial-birth abortion, I will sign it into law".

verdade, enquanto sabemos que as visões da maior parte dos americanos sobre o assunto são complexas e até mesmo contraditórias—o fato é que em algum nível as visões dos dois campos são irreconciliáveis.”²⁵

O que podemos depreender desta declaração de Obama é que é preciso buscar diminuir as causas sociais que levam as mulheres a abortar, as gravidezes indesejadas. Sugere a adoção e políticas sociais de cuidado para aquelas que levarem a gravidez adiante. No entanto, ele admite que, mesmo com estas medidas, o debate em torno do tema pode nunca deixar de existir. Ambos os ex-presidentes concordam sobre a existência de uma dificuldade na construção de um consenso neste tema. Usando as palavras de Obama, os indivíduos contrários ao aborto e aqueles que são a favor da prática possuem visões que são, em certos campos, “irreconciliáveis”. Como nos diz Dworkin (2009),

“[...]um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos dois lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar”²⁶

Em um lado, temos a defesa do direito à vida, em relação ao nascituro; no outro, defesa do direito ao próprio corpo, da autonomia das mulheres e da sua vida, colocada em risco ao realizarem os procedimentos em locais clandestinos. Um debate normativo e moral, assim, em torno da valorização da vida e de qual seria o papel do Estado na questão.

Neste capítulo, trataremos de, em primeiro lugar, mapear o debate em torno do aborto, como ele tem-se estruturado moral e normativamente em sociedades democráticas, que possuem uma diversidade de doutrinas, e que adotam mecanismos contramajoritários. Utilizaremos para este fim o caso americano *Roe versus Wade* e as perspectivas de dois

²⁵ Idem *ibidem*. Trad. nossa. No original, em inglês: “[s]o let us work together to reduce the number of women seeking abortions, let’s reduce unintended pregnancies. Let’s make adoption more available. Let’s provide care and support for women who do carry their children to term.

[...]

I do not suggest that the debate surrounding abortion can or should go away. Because no matter how much we may want to fudge it—indeed, while we know that the views of most Americans on the subject are complex and even contradictory—the fact is that at some level, the views of the two camps are irreconcilable.”

²⁶ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 11

autores citados, Tribe e Dworkin. O que, portanto, nos permitiria apontar os tipos de argumentos que são apresentados na defesa da descriminalização e da criminalização do aborto, para entendermos os pontos que tornam estas posições “irreconciliáveis”. Após esta discussão, teremos mais elementos para a análise do caso brasileiro.

I.a O sagrado: A vida das mulheres ou a do feto?

Este título alude ao que é sagrado, qual seria o limite determinado pelos posicionamentos morais nos argumentos chamados de "pró-vida", que afirmam que o aborto fere o direito à vida, no caso do feto; e argumentos "pró-escolha", focando na autonomia sobre os corpos para as mulheres e como a proibição levaria a morte das mesmas, do outro lado. Poderemos ver como as descobertas científicas irão influenciar o debate, como estes grupos vão mudar sua argumentação, fazendo um esforço para incorporar elementos científicos. Encerramos caracterizando o aborto, portanto, como uma questão moral que toca em absolutos morais, pontos determinantes destes grupos.

Para Dworkin (2009), “uma morte prematura é intrinsecamente má, mesmo quando não representa nada de mau para uma determinada pessoa”²⁷, seja esta vida a da mulher ou a do feto. O que nos levaria ao paradoxo da questão: Se toda a vida é sagrada, o que definiria a questão é como determinar o início desta. A vida humana seria valiosa/ sagrada dentro de três quadros²⁸: *subjetivo* — “a vida da pessoa é a coisa mais importante que ela possui”; *instrumental* – a partir da sua história e sua relação com o mundo; e *intrínseco* – vida sagrada por si mesma. Por mais que conservadores e liberais compartilhem, em certo grau, de partes destas perspectivas, como inclusive aludiu Bush acima, um argumento se liberaliza mais quando enfatiza que

“[...]uma vida humana é criada não apenas por forças divinas ou naturais, mas também de maneira diferente e, mas ainda sim central, por aspectos como escolha pessoal, formação, envolvimento e decisão”²⁹

²⁷Idem *op cit* p 96

²⁸Idem *op cit* p 13

²⁹ Idem *op cit* p 129

O que queremos dizer com isto é que a vida de um feto, que traz consigo a potencialidade de uma vida e consciência, só seria “sagrada” a partir do momento de seu nascimento. Quando este passa a ser um ser-aí no mundo.

O impasse entre os grupos reside na relação entre a impossibilidade de se determinar o momento exato em que a vida começaria e uma crença na sacralidade da mesma. A afirmação sobre o início da vida na fecundação, no encontro entre os dois gametas, masculino e feminino, além de carregada de metafísica, tem uma clara genealogia religiosa, ou mais especificamente católica. Este pressuposto tem por base o debate teológico que buscava o momento no qual a alma supostamente seria “soprada dentro do corpo e concedida por Deus”³⁰, dando origem, assim, à vida naquele corpo. Pois, tendo em vista o quinto mandamento “Não Matarás”³¹ e que toda vida seria sagrada, um presente concedido por Deus, o entendimento “[d]a vida humana como a mais grandiosa criação de Deus”³², o aborto configuraria, para a Igreja Católica, pecado a ser punido com a excomunhão de todos os envolvidos no processo.

No entanto, quando vemos o desenvolvimento desta doutrina, percebemos como este argumento foi durante séculos controverso até para a própria igreja. Segundo Dworkin (2009), a Igreja, apoiada em São Tomás, não puniu ou interpretou como assassinato abortar nas primeiras semanas, já que não haveria ainda a presença de uma alma. Ele cita o Jesuíta Joseph Donceel,

“[...]uma verdadeira alma humana só pode existir em um corpo dotado de órgãos necessários às atividades espirituais do homem. Sabemos que o Cérebro, e especialmente o córtex, é o órgão principal dessas atividades dos sentidos sem as quais nenhuma atividade é possível”³³

Nesta passagem, Hurts (2000), citada por Luna (2009), mostra como

“[...]na literatura penitencial da Alta Idade Média, no Direito Canônico (primeira compilação em 1140) e na teologia, encontra-se a teoria da hominização posterior do feto, segundo a qual, antes da entrada da alma racional, princípio atualizador da forma substancial, haveria apenas o potencial do corpo como matéria primeira. Havia penitências diferentes

³⁰ “Então o Senhor Deus formou o homem do pó da terra e soprou em suas narinas o fôlego de vida, e o homem se tornou um ser vivente”. Gênesis 2:7

³¹ Êxodo 20: 13

³² DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 50

³³ Idem *op cit* p 58

para o aborto, conforme realizado antes e depois da hominização, sendo tais punições associadas às regras contra fornicção. No século XVII, o médico Paolo Zacchia defende pela primeira vez o argumento de que a alma racional estaria presente desde a concepção. A despeito disso, a posição da Santa Sé se mantém a mesma até 1869. No século XIX, aparecem opiniões defendendo o embrião como vida potencial. Em 1864, o teólogo jesuíta Jean Gury afirma que o feto, mesmo sem receber a alma, caminha para a formação de um ser humano, logo, sua expulsão seria um homicídio. Em 1869, o Papa Pio IX declara o aborto como homicídio, o que é incluído no novo código de Direito Canônico de 1917. Apenas no século XX, afirma-se explicitamente o conceito de proteção do embrião desde a concepção, designado de "direito à vida", tendo por pressuposto a hominização imediata³⁴

Portanto, apenas no século XX, a igreja católica formalmente passa a defender este discurso, tornando-se publicamente a maior portadora da bandeira pró-vida e contra o aborto.

Dom Ignacio Carrasco de Paula, ex-presidente da Pontifícia Academia para a Vida (2010-2016), órgão do Vaticano responsável em emitir posicionamentos desta natureza, em seu texto “A santidade da vida humana como fonte principal da Ética Médica” (2011), declara que, na tradição cristã (de forma relacionada à hebraica), a afirmação de que

"[a]vida humana é sagrada" tem um duplo significado. Em primeiro lugar, é o reconhecimento da suprema transcendência de Deus, doador da vida, de quem a vida do homem depende em seu ser e em sua ação. Para o crente, a vida é revestida de santidade porque é percebida como um dom de Deus, que, em consequência, deve ser aceito como tal. Em segundo lugar, afirmar a santidade da existência do homem significa proclamar o valor único da vida humana em si, uma afirmação que se traduz, no plano ético, no princípio segundo o qual a vida humana é uma realidade inviolável e que merece admiração e respeito incondicional.”³⁵

Para ele, a questão central do assunto, portanto, é a do valor absoluto da vida e como não seria justificável matar diretamente uma pessoa inocente mesmo que seja para salvarmos milhões de outras. Ele encerra o seu texto citando o Concílio Vaticano II,

“[...]tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências; tudo quanto ofende a dignidade da pessoa humana, como as condições de

³⁴LUNA, Clara. "Fetos anencéfalos e embriões para pesquisa: sujeito de direitos?" *Revistas de Estudos Feministas*, Florianópolis, 17(2): 307-333, maio-agosto/2009.

³⁵ A santidade da vida humana como fonte principal da Ética Médica. Disponível em: https://img.cancaonova.com/noticias/pdf/284096_ASantidadeDaVidaHumana_DomIgnacioCarrasco.pdf (visto em 10/11/2017 às 19:03)

vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho; em que os operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis. Todas estas coisas e outras semelhantes são infamantes; ao mesmo tempo que corrompem a civilização humana, desonram mais aqueles que assim procedem, do que os que padecem injustamente; e ofendem gravemente a honra devida ao Criador”³⁶

O aborto, desta forma, é caracterizado como uma ofensa ao criador e ao princípio da sacralidade da vida.

Mas, como nos diz Dworkin (2009),

“[o] clero e o laicato católicos não estão sozinhos no movimento pró-vida, mas os indícios nos levaram à conclusão de que foram eles que vitalizaram o movimento, dando-lhe organização e diretrizes, e que utilizaram os canais de comunicação eclesiásticos em seu apoio”³⁷

Quando vemos como as outras religiões no espaço público se localizaram durante os debates em torno do caso *Roe v. Wade*, temos a igreja batista nos EUA, que por exemplo, devido aos impasses internos, não se posicionou oficialmente. E na ocasião da Assembléia Batista do Sul (1976),

“Dr. Wood afirmou que, em sua opinião, a verdadeira fé batista condenava o aborto por razões frívolas, mas admitia sua possibilidade quando a gravidez fosse involuntária(aí incluídas as gravidezes de adolescentes cuja a menoridade não lhes permite dar seu consentimento, e de mulheres cujos métodos anticoncepcionais falharam), nos casos de malformação do feto e sempre que a família tiver sólidas razões para se opor a gravidez”³⁸

Já o rabino David Feldman declarou que “para a lei judaica um feto não é uma pessoa, e pessoa alguma existirá enquanto o bebê não sair do útero para o mundo”³⁹. Ele acrescenta que se assim o estivesse determinado dentro de sua doutrina, o aborto não seria permitido dentro de nenhuma hipótese. Mesmo contrários ao aborto por questão de princípios, ambos admitem que teologicamente, dentro de suas doutrinas, que possuem base comum com a católica, o aborto não seria pecado.

³⁶ Idem Ibidem

³⁷ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 49

³⁸ Idem *op cit* 50

³⁹ Idem *op cit* 52

Dworkin (2009) categoriza os argumentos destes grupos entre dois tipos⁴⁰, ambos dizendo respeito ao que as pessoas acreditam que deva ser regulamentado pelo governo ao preservar o feto no útero, independente dos interesses e do bem-estar das mulheres. Sendo:

a) Derivativo -

“[...] pressupõe direitos e interesses que a objeção presume que todos os seres humanos têm, inclusive fetos, e que deriva desses mesmos direitos e interesses. Uma pessoa que aceita esta objeção, [...] acredita que o governo tem uma responsabilidade derivativa de proteger o feto”

b) Independente -

“o aborto é errado em princípio porque desconsidera e insulta o valor intrínseco, o caráter sagrado, de qualquer estágio ou forma de vida humana. [...], acredita que o governo tem uma responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida.”

Distintivamente estes argumentos dizem respeito a que termos normativos o governo deve colocar. Um deles deriva de uma noção política de direitos civis: como todos os cidadãos têm direito à vida, o feto também o teria; o outro, de um sagrado teológico: toda forma de vida seria sagrada. Voltaremos a esta classificação no capítulo seguinte.

Como Tribe (1993) aponta, as consequências normativas de atribuir ao feto uma categoria legal de “pessoa” são de estender a ele as proteções e direitos atribuídos constitucionalmente, que em termos práticos significa que caso um Estado permita o aborto equivaleria a permitir o assassinato, colocando-o na mesma categoria que os demais membros da comunidade civil.

Em contraposição a esta percepção, os pró-escolha, compostos por diferentes grupos, defendem que a ideia de que a vida inicia-se na concepção é um consenso e não caberia ao Estado ditar o que os indivíduos devem fazer e pensar com base em tais valores éticos e morais. Este posicionamento encontra respaldo na embriologia moderna, como em Grobstein (1988), embriologista que defende, visando uma margem de segurança, o aborto até a 20ª semana. Pois a partir da 25ª semana ocorre

“[...]aumento intensivo da conexão entre os neurônios corticais [que] prenuncia uma mudança nos padrões elétricos observados no cérebro através de eletroencefalograma. Os padrões tendem a tornar-se mais

⁴⁰ *Idem op cit* 13

regulares e assemelhar-se aos padrões adultos de vigília. Estes critérios levam alguns pesquisadores a sugerir que um substrato neural adequado para a sensação de dor só vai existir por volta do sétimo mês de gravidez”.

⁴¹

Sendo assim, o feto antes do período descrito ainda não sentiria dor ou teria quaisquer indícios de uma atividade cerebral que possam ser lidos como consciência de um eu.

Este tipo de estratégia argumentativa, demonstrando que não há movimentos cerebrais que indiquem a presença da “alma”/consciência, advém de uma tentativa de desqualificar tanto a argumentação do ponto de vista independente (se não há alma, não há a presença do sagrado ou de algo capaz de escolher, de ter livre arbítrio) quanto a do derivativo (se não temos um indivíduo ainda, não justifica-se atribuir ao feto direitos sobrepostos das mulheres, que são cidadãs já constituídas). Disputa-se assim o momento do início da vida no mesmo campo argumentativo. Contudo, há grupos que advogam em prol do direito à escolha pelas mulheres independente de o feto ter consciência ou não.

O discurso pró-escolha dentro da multiplicidade do movimento feminista, para Dworkin, também buscaria um respaldo na construção de uma ideia moral pautada na valorização da vida, em uma ideia de sacralização e reconhecimento do valor moral da mesma. No caso, a vida das mulheres. Para ele, “[a] afirmação feminista mais fundamental e característica é a de que a subordinação sexual das mulheres deve tornar-se um atributo central do debate sobre o aborto”⁴².

A posição que as mulheres ocupam na sociedade, para autoras que possuem um posicionamento mais radical, como Mackinnon, é a de subordinação. Sua posição é a de que “a escolha do aborto deve estar legalmente disponível e deve ser das mulheres, mas não porque o feto não é uma forma de vida”⁴³, porque fazer isso é tirar o foco das mulheres, colocando-o em outros termos. Para ela o debate deve ser colocado e pensado nos termos das mulheres, já que

“[n]ós não temos sido capazes de arriscar pensar sobre esses assuntos nos nossos próprios termos porque os termos não têm sido nossos. A tentativa

⁴¹ Idem *op cit* 22

⁴² Idem *op cit* p 77

⁴³ MACKINNON, C. A. FEMINISM UNMODIFIED - Discourses on life and law. Cambridge, Massachusetts, and Lond, England.: Havard University Press, 1987, p 94. Trad. nossa. No original, em inglês: “[m]y stance is that the abortion choice must be legally available and must be women’s, but not because the fetus is not a form of life”

de entender a situação das mulheres nos nossos próprios termos, do nosso próprio ponto de vista, define o impulso feminista. Enquanto fazê-lo é arriscado, nossa situação também torna arriscado não fazê-lo.”⁴⁴

Sendo assim, pensar o aborto invocando apenas a ideia de controle do próprio corpo sem pensar nas redes de opressões de gênero que atuam sobre ele, é, para ela, reforçar esta subordinação. Mais do que isso, como veremos a seguir ela vai se colocar contra a forma como foi fundamentada a decisão de *Roe v. Wade*, assim como autoras de outras vertentes, por focar no direito à privacidade. Visto que, historicamente,

“[...]para as mulheres, a medida da intimidade tem sido a medida da opressão. É por isso que o feminismo teve que explodir o privado. É por isso que o feminismo tem visto o pessoal como político. O privado é o público para aqueles cujo pessoal é político.”⁴⁵

Como foi dito, Mackinnon tem um posicionamento radical quanto a isto. Okin(2008), por exemplo, de uma perspectiva liberal, também vê a distinção público/privado como problemática tal qual constituída no presente. Para ela,

“[...] as feministas afirmam que a distinção entre público e doméstico é ideológica no sentido de que representa a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional [do sujeito de direitos histórico] baseada em pressupostos sobre diferentes naturezas e diferentes papéis naturais dos homens e mulheres, e de que, como concebida atualmente, não pode servir como conceito central a uma teoria política que irá (...) incluir todas nós”⁴⁶

Ela entende esta esfera como um espaço que necessita de uma justificativa especial para que uma eventual interferência. No entanto, ela não almeja a implosão desta esfera, como Mackinnon disse acima, e afirma que, em certa medida, nenhuma feminista abdica de alguma noção de privacidade. Um dos problemas do slogan “o pessoal é político” é a interpretação dada como necessidade de o político/público intervir em todos os setores da vida privada, regulando em demasia o comportamento humano. A conclusão a que chega a

⁴⁴ Idem Ibidem. Trad. nossa. No original, em inglês: “[w]e have not been able to risk thinking about these issues on our own terms because the terms have not been ours. The attempt to grasp women’s situation on our own terms, from our own point of view, defines the feminist impulse. If doing that is risky, our situation also makes it risky not to”.

⁴⁵ Idem *op cit* p 100. Trad. nossa. No original, em inglês: “[...]for women the measure of the intimacy has been the measure of the oppression. This is why feminism has had to explode the private. This is why feminism has seen the personal as the political. The private is the public for those for whom the personal is the political.”

⁴⁶ OKIN, S. “Gênero, o público e o privado” Florianópolis: Estudos Feministas, 2008, p 315

autora é de que a esfera privada é necessária, que a ausência de um Estado regulador não garante o direito à privacidade a todos, que

“[...]as mulheres, tanto quanto os homens, precisam de privacidade para o desenvolvimento de relações íntimas com outras pessoas, para que tenham espaço para se afastarem de seus papéis temporariamente e para que tenham tempo de ficarem sozinhas, o que contribui para o desenvolvimento da mente e da criatividade”⁴⁷

Okin, à vista do que foi dito, vê tal decisão da corte como movimentação em direção a um avanço, que igualaria os direitos à privacidade a um direito individual. O que em termos normativos implicaria

“[...]na proteção constitucional aos direitos dos membros das famílias, individualmente, mesmo contra as preferências de seus membros mais poderosos, ou contra a decisão coletiva da família como um todo. Assim, por exemplo, direitos a tomar decisões em relação à contracepção e ao aborto, que foram antes sustentados pela Corte sob a rubrica da privacidade familiar ou marital, logo evoluíram no sentido de serem entendidos como direitos dos indivíduos, sejam eles casados ou não, e em alguns casos constituem direitos em oposição às famílias, vistas como entidades coletivas”⁴⁸

Esta discussão será melhor desenvolvida no capítulo 3, onde enfocaremos a relação entre o direito à privacidade e as ideias de liberdade e autonomia.

A discussão apresentada neste capítulo explicita como a tensão tendo por base um conflito entre direitos, opondo setores mobilizados em torno de uma ideia cultural e religiosa que se pretende valorizador do direito à vida, chamados aqui de pró-vida, e setores mobilizados em torno da ideia da autonomia das mulheres sobre seus corpos e sobre a sua privacidade, chamados de pró-escolha. No entanto, o status do direito à vida atribuído ao feto vem carregado de uma suposição moral cuja genealogia tem por base uma doutrina católica e que, desta forma, limitaria os direitos das mulheres.

Conforme vimos nesta parte e Dworkin (2009) afirma,

“[...]decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas”⁴⁹

⁴⁷ Idem *op cit* p 324

⁴⁸ Idem *op cit* p 323

⁴⁹ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 84

É o embate entre os absolutos morais e religiosos, sobre a vida e como as instituições devem lidar com isso; é a forma como a desigualdade entre homens e mulheres é mais explícita. É pensar sobre os limites da intervenção do Estado sobre os corpos das mulheres.

Logo,

“[...] o valor da vida de um embrião não é 'algo que possa ser descoberto' mas sim, na verdade, é algo 'culturalmente criado' que o valor 'seja ele mesmo formado pela resposta dada à questão do aborto...um tributo social que advém da totalidade das relações sociais relacionadas à reprodução.”⁵⁰

No entanto limitar-se a esta afirmação é pensar que o valor da vida do feto ou das mulheres, ou de qualquer outro grupo, depende dos interesses daqueles que estão no poder e que portanto ditam, majoritariamente, o conteúdo difundido na mídia ou dos textos normativos. A saída disto para Tribe (1993) é a de “importar para dentro da lei alguma visão moral de uma perspectiva externa àquela dos que têm poder, ou estaremos emboscados num mundo dos, feito pelos, e para os poderosos”⁵¹.

I.b O Aborto na Suprema Corte: *Roe versus Wade*

Nesta seção, antes de analisarmos a decisão do emblemático caso *Roe versus Wade* e o direito à privacidade, pensaremos em como as ideias morais que compõe o debate influenciaram a criação de leis restritivas ao aborto que surgiram nos EUA. Algumas destas leis, precedentes ao *Roe versus Wade*, a priori visavam a proteger as mulheres de práticas abortivas precarizadas e penalizar abortos realizados de forma precária, mas culminaram em maiores restrições à liberdade das mulheres. Isto introduzirá o que os autores aqui abordados acreditam dever ser o papel da Suprema Corte e dos juízes no debate, e mostrará como o estabelecimento de uma jurisprudência sobre o tema influencia o debate e as consequências para as políticas públicas.

⁵⁰ TRIBE, L. H ABORTION - The clash of absolutes. New York and London: W. W. Norton & Company, 1992, p 119. Trad. nossa. No original, em inglês: “[...] the value on an embryo’s life is not ‘something that can be discovered’ but is, instead, ‘culturally created’ that value ‘is itself shaped by the answer given to the abortion question...a social attribute that arises from the totality of social relations regarding reproduction.”

⁵¹ Idem *op cit* 120. Trad. nossa. No original, em inglês: “import into law some moral view from a perspective external to that of those with power, or we will be trapped in a moral world of, by, and for the powerful”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 22 de janeiro de 1973, decidiu a partir deste caso que, à luz da constituição, as mulheres têm o direito de decidir quando terminar a gravidez até o terceiro mês e delegou aos estados individuais a forma de regulação e aplicação. De um modo geral não se pode proibi-lo antes do terceiro mês, a não ser que haja riscos à saúde da mãe. A decisão usa como base o direito à privacidade garantido constitucionalmente, isto é, “o direito de estar sozinho - o mais abrangente dos direitos, e o direito mais valorizado pelos homens civilizados.”⁵². A decisão foi tomada por sete votos a dois, surpreendendo inclusive pela adesão de juízes conservadores.

Segundo Tribe (1993)⁵³ a primeira lei restritiva do aborto nos EUA é de 1821, Connecticut, proibindo o uso e administração de “veneno” após a mulher começar a sentir os movimentos do feto, aproximadamente no quarto mês. Esta lei só era executada, porém, caso a mulher morresse ou sofresse consequências graves decorrentes de um aborto mal feito. Era um processo perigoso: “[as] estatísticas de Nova York no início do século XIX demonstram uma taxa de mortalidade de 30 por cento por infecções após a cirurgia abortiva, mesmo quando realizada em hospitais”⁵⁴.

Nos 90 anos subsequentes todos os estados americanos criaram algum tipo de legislação restritiva quanto à prática, o Kentucky, em 1910, sendo o último deles. Durante este período, a taxa de natalidade teve uma queda significativa entre os americanos brancos, de 7.04 para 3.56 crianças⁵⁵, e a busca por remédios caseiros abortivos encontrava-se no ápice. Em 1857, liderados pelo Dr Horatio Storer, os médicos organizados em torno da recém-criada American Medical Association começaram um lobby para o fim do aborto legalizado. Esta campanha focava no direito do feto à vida.

Em 1970, Norma McCorvey ou “Jane Roe” entra com uma ação no Texas pleiteando o direito ao aborto por ter sido vítima de um estupro coletivo, que mais tarde ela

⁵² *Idem op cit* p 92. Trad. nossa. No original, em inglês: “the right to be alone - the most comprehensive of the rights, and the right most valued by civilized men.”

⁵³ *Idem op cit.* p 28

⁵⁴ *Idem op cit.* p 29. Trad. nossa. No original, em inglês: “statistics from New York in the early nineteenth century demonstrate a 30 percent death rate from infections after abortifacient surgery, even when performed in hospitals”.

⁵⁵ *Idem Ibidem*

confessa não ter acontecido. Foi representada por Linda Coffee e Sarah Weddington, que argumentaram

“[...] que os estatutos do Texas eram inconstitucionalmente vagos e que eles diminuíram seu direito à privacidade, protegido pelas Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima quarta Emendas. Como uma emenda à sua queixa, Roe pretendia processar "em seu nome e de todas as outras mulheres" situadas de maneira similar.”⁵⁶

James Hubert Hallford, médico que interveio no caso e que já havia sido preso duas vezes por violar as leis do Texas quanto ao aborto, alegou que

“[...] como consequência, os estatutos eram vagos e incertos, violando a 14ª Emenda, e violavam os direitos dele e de seus pacientes à privacidade na relação médico-paciente e seu próprio direito de praticar medicina, direitos esses que ele reivindicou serem garantidos pela Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas.”⁵⁷

Ou seja, o direito à privacidade é evocado tanto para garantir a escolha a Roe quanto para proteger o sigilo médico-paciente. Note-se que foi possível o ganho da causa, mas a legislação só pôde ser alterada de fato após o subsequente apelo à Suprema Corte Federal. Por mais que a vítima do abuso tenha conseguido garantir o direito ao aborto ao final, durante a tramitação sua situação legal manteve-se instável – o que fica patente se levarmos em conta que tal aborto de todo modo não foi realizado e que a criança nascida acabou sendo colocada para adoção.

Dworkin (2009) diz-nos que em 1965 o Supremo Tribunal, durante a decisão do caso *Griswold versus Connecticut*, define com base no princípio da privacidade que o estado não pode impedir a venda de anticoncepcionais a pessoas casadas. Posteriormente isso foi estendido aos solteiros. A base do argumento é a de que

“se o direito à privacidade significa alguma coisa, trata-se do direito do indivíduo, casado ou solteiro, a estar livre da intrusão governamental em

⁵⁶ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (visto em 10/10/2017 às 20:59). Trad. nossa. No original, em inglês: “[...]that the Texas statutes were unconstitutionally vague and that they abridged her right of personal privacy, protected by the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments. By an amendment to her complaint Roe purported to sue "on behalf of herself and all other women" similarly situated”

⁵⁷ Idem *ibidem*. Trad. nossa. No original, em inglês: “[...] as a consequence, the statutes were vague and uncertain, in violation of the Fourteenth Amendment, and that they violated his own and his patients' rights to privacy in the doctor-patient relationship and his own right to practice medicine, rights he claimed were guaranteed by the First, Fourth, Fifth, Ninth, and Fourteenth Amendments.”

questões que afetam tão profundamente uma pessoa como é o caso da decisão de ter um filho e poder criá-lo.”⁵⁸

Em 1973 tal decisão é utilizada no caso *Roe versus Wade*: se a privacidade não pode sofrer, sem justificativa racional, restrições via estado, isso se aplica ao corpo da mulher e sua capacidade sobre decidir quanto à sua reprodução. Na 14ª emenda, lê-se que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência”. No processo legal da mesma⁵⁹, há exigência de que o estado aja racionalmente na restrição das liberdades, pois

“[o]s Estados não podem limitar a liberdade das pessoas arbitrariamente ou por capricho, mas apenas por alguma razão, apenas para promover algum objetivo ou política que os estados possam legitimamente perseguir”.⁶⁰

Representando o Texas, do outro lado, Henry Wade, um promotor de distrito do Condado de Dallas que já havia participado de outras ações do tipo, cuja argumentação central pautava-se em refutar este argumento da privacidade:

“A mulher grávida não pode ser isolada em sua privacidade. Ela carrega um embrião e, mais tarde, um feto, se aceitarmos as definições médicas dos jovens [sic] em desenvolvimento no útero humano [...] nós dissemos acima, é razoável e apropriado que um Estado decida que em algum momento no tempo, outro interesse, o da saúde da mãe ou o da vida humana em potencial, torna-se significativamente envolvido. A

⁵⁸ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp 146

⁵⁹ “The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, [141 U.S. 250, 251](#) (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment, *Stanley v. Georgia*, [394 U.S. 557, 564](#) (1969); in the Fourth and Fifth Amendments, *Terry v. Ohio*, [392 U.S. 1, 8](#) -9 (1968), *Katz v. United States*, [389 U.S. 347, 350](#) (1967), *Boyd v. United States*, [116 U.S. 616](#) (1886), see *Olmstead v. United States*, [277 U.S. 438, 478](#) (1928) (Brandeis, J., dissenting); in the penumbras of the Bill of Rights, *Griswold v. Connecticut*, [381 U.S., at 484](#) -485; in the Ninth Amendment, *id.*, at 486 (Goldberg, J., concurring); or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment, see *Meyer v. Nebraska*, [262 U.S. 390, 399](#) (1923). These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed “fundamental” or “implicit in the concept of ordered liberty,” *Palko v. Connecticut*, [302 U.S. 319, 325](#) (1937), are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage, *Loving v. Virginia*, [388 U.S. 1, 12](#) (1967); procreation, *Skinner v. Oklahoma*, [316 U.S. 535, 541](#) -542 (1942); contraception, *Eisenstadt v. Baird*, [405 U.S., at 453](#) -454; *id.*, at 460, 463-465 [[410 U.S. 113, 153](#)] (WHITE, J., concurring in result); family relationships, *Prince v. Massachusetts*, [321 U.S. 158, 166](#) (1944); and child rearing and education, *Pierce v. Society of Sisters*, [268 U.S. 510, 535](#) (1925), *Meyer v. Nebraska*, *supra*.” *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (visto em 10/10/2017 às 20:59)

⁶⁰ DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 146

privacidade da mulher não é mais exclusiva e qualquer direito de privacidade que ela possua deve ser medido de acordo.”⁶¹

E mais do que isso, exigir que o Estado definisse o início da vida, alegando que esta iniciar-se-ia na concepção

“O Texas pede que, além da Décima Quarta Emenda, a vida comece na concepção e esteja presente durante toda a gravidez, e que, portanto, o Estado tem um interesse em proteger essa vida da e após a concepção. Não precisamos resolver a difícil questão de quando a vida começa.”⁶²

A Suprema Corte, contudo, após apresentar como ao longo da história foram adotadas diferentes perspectivas quanto à origem da vida, declara que “[n]ão concordamos que, ao adotar uma teoria da vida, o Texas possa anular os direitos da mulher grávida que estão em jogo”⁶³. A Suprema Corte é guardiã da Constituição e

“[a Constituição] é feita para pessoas de visões fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e até chocantes não deve concluir nosso julgamento sobre a questão de se os estatutos que as incorporam entram em conflito com a Constituição dos Estados Unidos.”⁶⁴

A corte faz, desta forma, com que os Estados, antes do terceiro mês, não possam normativamente impedir as mulheres de abortar. Decide, assim, por garantir os direitos das mulheres à privacidade em detrimento da adoção de um posicionamento de cunho moral e religioso que lhes restringiria os direitos. Com esta decisão, dada a supremacia da

⁶¹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (visto em 10/10/2017 às 20:59). Trad. nossa. No original, em inglês: “The pregnant woman cannot be isolated in her privacy. She carries an embryo and, later, a fetus, if one accepts the medical definitions of the developing young in the human uterus.[...] we have intimated above, it is reasonable and appropriate for a State to decide that at some point in time another interest, that of health of the mother or that of potential human life, becomes significantly involved. The woman's privacy is no longer sole and any right of privacy she possesses must be measured accordingly.”

⁶² Idem Ibidem. Trad. nossa. No original, em inglês: “Texas urges that, apart from the Fourteenth Amendment, life begins at conception and is present throughout pregnancy, and that, therefore, the State has a compelling interest in protecting that life from and after conception. We need not resolve the difficult question of when life begins.”

⁶³ Idem ibidem. Trad. nossa. No original, em inglês: “we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake”.

⁶⁴ Idem Ibidem. Trad. nossa. No original, em inglês: “[The Constitution] is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States.”

Constituição frente a outras leis⁶⁵, não caberia ao Texas, assim como aos outros Estados da federação, definir que o feto seja “parte da população constitucional”⁶⁶. Logo, os direitos que a Constituição americana garante aos cidadãos não podem ser estendidos ao feto e os Estados não podem mudar isto via legislações estaduais.

Uma das críticas apresentadas contra esta decisão, que será mais explorada no capítulo 2, diz respeito aos limites da interpretação e da ação dos juízes no exercício do controle de constitucionalidade. Como a citação acima afirma, a Constituição congrega diversos pontos de vistas e cabe aos juízes interpretá-la quando surgem esses conflitos. Roe, por tocar em absolutos morais, levanta o questionamento sobre quanto e

“[...]como se deve interpretar a Constituição, e até que ponto os juízes são, ou deveriam ser influenciados por suas convicções morais quando lhes cabe decidir sobre o significado da Constituição”⁶⁷.

Tais Juízes não são eleitos e sim apontados para o cargo pelo presidente, confirmados pelo Senado, e estarão na mesma posição até o final da vida. Ou seja, há espaço para um entendimento de que eles sejam alçados a esta posição de forma antidemocrática. Tribe (1992) argumenta, no entanto, que a existência de um judiciário independente só é justificada se este for antidemocrático (num sentido muito específico), visto que o papel dele seria “[...] preservar de maiorias transitórias os direitos humanos e outros princípios com os quais nosso sistema legal e político está comprometido”.⁶⁸

⁶⁵ “A cláusula de supremacia da Constituição declara que a Constituição é a lei mais alta do país” DWORKIN, R. DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pag 158

⁶⁶ Idem *op cit* pag 158

⁶⁷ Idem *op cit* pag 163

⁶⁸ TRIBE, L. H ABORTION - The clash of absolutes. New York and London: W. W. Norton & Company, 1992, p 80. Trad. nossa. No original, em inglês: “[...]to preserve from transient majorities those human rights and other principles to which our legal and political system is committed”.

II. CAPÍTULO 2: DEMOCRACIA - LIBERDADE E RAZÃO PÚBLICA

No capítulo anterior, foi apresentado o caso americano referente à interrupção voluntária da gravidez e o modo com que a decisão tomada pela Suprema Corte suscitou o debate em torno do tema, debate este que foi analisado sob a luz de diversas perspectivas e enfoques nas ciências humanas. O que faremos neste capítulo é discutir teoricamente a ideia rawlsiana de razão pública no debate em torno do aborto e o papel de uma Corte Constitucional numa questão dessa natureza.

A discussão introduzida no capítulo anterior expressa a tensão existente em democracias constitucionais ao redor dos direitos individuais e do acesso das mulheres a liberdades constitucionalmente garantidas.

II.a Liberdade e Privacidade

Antes de adentrarmos o conteúdo propriamente dito da Razão Pública, falaremos um pouco sobre as suas bases e o que elas pressupõem. Em resumo, sobre o conceito de liberdade, que em termos rawlsianos vai conter em si uma idéia de tolerância, e como ele se relaciona com o tema. Como vimos no capítulo anterior, a Suprema Corte americana em sua decisão defendeu o princípio da privacidade, que aparece em outras decisões sobre o tema dos direitos reprodutivos, e a forma como este direito é concebido está em disputa dentro do movimento feminista. Desenvolveremos agora algumas visões concorrentes.

Para Okin (2008), a decisão da Corte e a argumentação nela utilizada colocariam o direito à privacidade no mesmo patamar de outras liberdades individuais, um caminho em direção a garantir às mulheres o mesmo tipo de tratamento que os homens recebem na esfera privada. Este tratamento resultaria em maiores privilégios e facilidades de acesso

para os homens (privilégios por vezes, inclusive, consolidados normativamente nos textos constitucionais), pois esta ideia de um espaço (privado) para o desenvolvimento das atividades e vontades individuais é reservada ao homem. Já para as mulheres, a esfera privada, que historicamente é pensada como o lugar da família, o espaço da casa, é de certa forma um espaço que conteria os trabalhos domésticos e o cuidado.

A dicotomia público-privado, debatida por diversos segmentos teóricos-metodológicos seria, para autoras como Okin(2008), o ponto central a ser analisado dentro de uma abordagem feminista, e que seria negligenciado, não pensando como uma categoria política, por muitas leituras na teoria política⁶⁹ ao construírem suas análises. Estas leituras desenharam erroneamente tal divisão em domínios completamente distintos, onde seria possível a elaboração de análises, teorias e normas de forma autônoma e descontextualizada. Segundo ela,

“[a]rgumentos importantes nos debates contemporâneos dependem da suposição de que questões públicas podem ser facilmente diferenciadas de questões privadas, de que temos uma base sólida para separar o pessoal do político. afirmações como essas só podem ser sustentadas se argumentos bastante persuasivos de pesquisadoras feministas forem ignorados.”⁷⁰

Em contraposição à família, o trabalho doméstico e as relações travadas dentro do âmbito familiar, teríamos o que é entendido como esfera pública e domínio das trocas valoradas, aquilo em que o Estado poderia intervir normativamente, o domínio da política. A esfera privada, banalmente lida apenas como uma esfera de não intervenção estatal, acabaria abrindo espaço para o exercício de um poder tradicional, que historicamente exerceu um controle e um domínio sobre as liberdades e atividades das mulheres. Pensando em lugares privilegiados do poder tradicional através de uma avaliação de mitos tidos como fundantes do pensamento ocidental, Okin(2008) demonstra a articulação histórica de mecanismos de submissão das mulheres, através de

“[...] uma combinação de negações do papel da mulher na reprodução, apropriações pelos homens do poder de se reproduzirem, caracterizações das mulheres como excessivamente emocionais, indignas de confiança, más ou sexualmente perigosas, e recusas em reconhecer os direitos das

⁶⁹ "the dichotomy between the public and the private... is, ultimately, what the feminist movement is about." IN: OKIN, S. Justice, Gender, and the Family (New York: Basic Books, 1989, pag 111.

⁷⁰ OKIN, S. “Gênero, o público e o privado”, PP 305. Florianópolis: Estudos Feministas, 2008.

mães sobre a disposição de seus filhos.”⁷¹

A história da constituição da dicotomia Público/Privado dentro da teoria liberal é contada por Carole Pateman (1996) através da sua crítica às teorias contratualistas em sua tese sobre um contrato sexual de igual relevância ao social. A utilização por autores como Locke, Rousseau, e mais contemporaneamente Rawls, do artifício metodológico do contrato social, a qual se refere Pateman(1996), seria uma maneira de contar como a sociedade civil e o direito político teriam surgido por meio de um contrato original, de uma Constituição que daria legitimidade ao governo civil, à legislação que regeria essa sociedade e à própria autoridade legal desse Estado em relação aos seus cidadãos. Contudo, o uso desse artifício teria omitido a presença de um “contrato sexual”; o pacto seria, segundo ela, na verdade “sexual-social”. Para Pateman(1996),

“[a] história do contrato sexual trata da gênese do direito político e explica por que o exercício desse direito é legitimado; porém, essa história trata o direito político enquanto direito patriarcal ou instância sexual. (...) A nova sociedade civil criada através do contrato original é uma ordem social patriarcal”

Portanto, a história do contrato social narraria o surgimento das esferas pública e privada como conhecemos hoje, em um contexto de consolidação recente de um espaço público de discussão não colocado sob o jugo de nenhum poder que não tenha origem nos homens e cidadãos, ou seja, não-monárquico ou religioso. Coloca-se nesta nova configuração o nascimento do espaço público e o privado como lugares para o exercício pelos homens de suas liberdades políticas e individuais. O espaço público seria o lugar da liberdade civil e das normas recém-criadas, daquilo que diz respeito à política; o privado, por sua vez, seria o limite da intervenção estatal, lugar onde o Estado não teria agência sobre o emprego das potencialidades individuais, lugar do pessoal. Ignora-se nas análises políticas deste espaço especificamente o papel da família e das mulheres em sua constituição e manutenção. As

⁷¹ Trad. nossa. No original, em inglês: “[...]a combination of denials of women's role in reproduction, appropriations by men of the power to reproduce themselves, characterizations of women as overly emotional, untrustworthy, evil, or sexually dangerous, and refusals to acknowledge mothers' rights over the disposition of their children.” OKIN, S. “Is Multiculturalism Bad for Women?” In: *Is Multiculturalism Bad for Women?* Joshua Cohen, Matthew Howard, and Martha C. Nussbaum. Editores. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. DISPONÍVEL EM: <http://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html>

mulheres, neste sentido, para a autora⁷²

“[...]são incorporadas a uma esfera que ao mesmo tempo faz e não faz parte da sociedade civil, mas que está separada da esfera civil. A antinomia privado/público é uma outra expressão das divisões natural/civil e mulheres/homem.(...) O significado do que é ser um ‘indivíduo’, produtor de contratos e civilmente livre, é revelado através da sujeição das mulheres dentro da esfera privada”

As relações travadas na esfera privada, portanto, são lidas como naturais, advindo das tradições de família e cultura, e – da mesma maneira que a sujeição das mulheres em relação aos homens, o domínio dos pais sobre os filhos e outras relações de subordinação desta natureza – acabariam subsumidas e não normatizadas. A esfera privada, a vida reprodutiva e sexual dos membros da sociedade civil, seria, segundo Okin(1999), o centro das práticas culturais, e “[...]os grupos religiosos e culturais estariam interessados nas leis pessoais – leis de matrimônio, divórcio, custódia dos filhos, divisão e controle dos bens familiares e sucessões”⁷³.

A doutrina legal, dentro dos contratos de casamento e até mesmo em textos constitucionais, ao mencionar as mulheres, caracterizava-as como criaturas sujeitas às paixões e sem a racionalidade necessária para serem cidadãs, cabendo aos homens de suas famílias tomarem decisões de alto nível político por elas⁷⁴, retirando-lhes a propriedade sobre si⁷⁵ em um nível político. Portanto, ao pensarmos sobre liberdade, em um sentido político e atrelado ao controle dos corpos nas democracias, temos que lembrar que “as mulheres não nascem livres, elas não têm liberdade natural”⁷⁶, ou que ao menos assim desenharam o direito e as teorias políticas por muito tempo. A distinção entre as duas esferas (pública e privada) e o papel a ser desempenhado nelas pelos cidadãos, refletida na teoria política liberal, fez com que a definição de liberdades individuais fosse construída pressupondo um tipo muito específico de sujeito: homem, adulto e chefe de família. Okin⁷⁷

⁷² Idem, Op cit pp 28

⁷³ Idem, op cit pp 6

⁷⁴ “from high-level political decisions”

⁷⁵ Idem, op cit pp 31

⁷⁶ Idem, op cit pp 21

⁷⁷ No original, em inglês: "One clear example of this has been raised by the issue of abortion. The rights basic to our political culture have been understood to include both the right to life and the right to control one's own body. Because rights were framed as the rights of men, only relatively recently has the problem that arises when one (potential) person's life is inside another person's body been confronted head-on. There is bitter

usa como exemplo disto o caso do aborto, analisando a maneira com que os direitos foram historicamente constituídos como individuais dos homens e afirmando que, portanto, só agora o debate sobre a posse do próprio corpo em caso de gravidez estava sendo encarado como questão de autonomia no sentido político.

Levando isso em consideração⁷⁸,

“[...]as feministas afirmam que a distinção entre público e doméstico é ideológica no sentido de que representa a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes naturezas e diferentes papéis naturais dos homens e mulheres, e de que, como concebida atualmente, não pode servir como conceito central a uma teoria política que irá (...) incluir todas nós”⁷⁹

A reivindicação, desta forma, de que o pessoal é político vai no sentido de politizar esta esfera e garantir que liberdades, que foram historicamente negadas às mulheres, sejam alcançadas. Politizar o pessoal é entender que o natural, a cultura, as normas e teorias foram criadas historicamente e que

“Primeiro, o poder - que sempre foi entendido como paradigmaticamente político - é de importância central na vida familiar. Em segundo lugar, a esfera doméstica é ela mesma criada por decisões políticas, e a própria noção de que o Estado pode escolher intervir ou não na vida familiar não faz sentido. Terceiro, a família é inegavelmente política porque é o lugar onde nos tornamos nossos eus gendrados. E quarto, a divisão do trabalho dentro da família estruturada por gênero levanta barreiras práticas e psicológicas contra as mulheres em todas as outras esferas da vida.”⁸⁰

Contudo, para Okin(1989), questionar e teorizar sobre esta esfera não implica em abandonar o conceito de privacidade ou a privacidade enquanto um valor caro a vida humana.

A leitura rasa de uma noção do direito à privacidade como uma esfera de não

opposition between those who assert that women, like men, have the right to control their own bodies and those who assert that, from the moment of conception, fetuses, like human beings, have the right to life. We have no currently 'shared understandings' on abortion, partly because both basic liberal rights cannot be universalized to fetuses as well as to women.

⁷⁸ Idem, op cit pp 315

⁷⁹ Idem ibidem

⁸⁰ OKIN, S. Justice, Gender, and the Family. New York: Basic Books, 1989, pag 112. Trad. nossa. No original, em inglês: “[f]irst, power—which has always been understood as paradigmatically political—is of central importance in family life. Second, the domestic sphere is itself created by political decisions, and the very notion that the state can choose whether or not to intervene in family life makes no sense. Third, the family is undeniably political because it is the place where we become our gendered selves. And fourth, the division of labor within the gender-structured family raises both practical and psychological barriers against women in all the other spheres of life”

intervenção reforçaria o papel autoritário dos maridos sobre as suas esposas, dos pais sobre os seus filhos, fazendo com que os abusos cometidos por estes ficassem resignados ao silêncio da não normatização desta esfera privada. Na Inglaterra, por exemplo, relações sexuais forçadas dentro do casamento só foram consideradas estupros nos anos 90⁸¹. No entanto, a conclusão a que chega a autora é de que a esfera privada é necessária, a de que

“as mulheres, tanto quanto os homens, precisam de privacidade para o desenvolvimento de relações íntimas com outras pessoas, para que tenham espaço para se afastarem de seus papéis temporariamente e para que tenham tempo de ficarem sozinhas, o que contribui para o desenvolvimento da mente e da criatividade”⁸²

Porém, a existência de um espaço assim só seria possível quando o trabalho doméstico, o cuidado e tudo que é atrelado a isso passasse a ser dividido de forma igualitária entre mulheres e homens; quando o domínio do privado, no sentido de sua manutenção e garantia, deixasse de ser atribuído exclusivamente às mulheres, pois muitas delas, apesar de assim atuarem nesse domínio, não desfrutam dos benefícios ideais da esfera privada – para elas, esta esfera não oferece o tipo de privacidade na qual desenvolver suas características particulares.

O desenvolvimento de um entendimento constitucional sobre o direito à privacidade, que a princípio foi aplicado a todos os casais e os métodos contraceptivos⁸³, resultou em uma ampliação de direitos individuais para as mulheres e sobre decidirem, de forma independente a família, sobre a propriedade de seus corpos. Esta serviu para as decisões subsequentes de declarar inconstitucionais as leis estaduais sobre aborto, que exigiam inclusive a autorização de pais ou parceiros para sua realização.

John Rawls (2011), ao pensar a questão da razão pública, em seu “A Ideia de Razão Pública Revisitada”⁸⁴, responde às críticas recebidas do movimento feminista que o acusam de ignorar a questão da família ao pensar sua teoria de justiça. Ele argumenta que a família,

⁸¹ Idem, op cit pp 322

⁸² Idem, op cit pp 327

⁸³ “Em 1965, a Corte sustentou que o direito de parceiros casados ao uso de contraceptivos era parte de “um direito à privacidade mais velho do que a Bill of Rights”, que “protegia os preceitos sagrados dos quartos dos casais”. Por volta de 1972, ao citar esse precedente, a Corte declarou: “Se o direito à privacidade significa alguma coisa, significa o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de ser livre de intrusão governamental indesejada em questões que afetam tão fundamentalmente a pessoa, como a decisão de dar à luz ou tornar-se pai de uma criança”.

⁸⁴ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011

como parte da estrutura básica da sociedade, é uma das principais instituições da sociedade civil, aquela que, ao ser responsável pela educação social anterior à escola, engendra a reprodução dos princípios morais, representando a única parte do sistema em que a divisão social do trabalho é pautada pelo gênero. Esta divisão e organização, muitas vezes norteadas por uma noção religiosa, geraram ao longo da história um sistema de desvantagens para as mulheres

Não cabe aos princípios básicos de justiça, de toda forma, pautar a estrutura interna desta organização familiar em uma sociedade bem ordenada, nem decidir como ela deve ser constituída, desde que não seja produto ou gere injustiça. Como não é o caso, assim como em outras instituições privadas com vinculação voluntária como Igrejas, universidades, sindicatos etc, também na família o Estado deve intervir para impor limites, evitando injustiças e desigualdades, buscando a equidade de oportunidades e liberdades para todos os seus membros. Considerando a estrutura familiar, em uma aplicação correta e justa dos princípios rawlsianos de justiça às mulheres – cidadãos iguais aos homens perante a constituição – garantiria a sua equidade e independência.⁸⁵ Segundo o autor, à época de John Stuart Mill,

“[...] a família era uma escola de despotismo masculino; ela inculcava hábitos de pensamento e conduta incompatíveis com a democracia. Se é assim, os princípios de justiça que prescrevem uma sociedade democrática constitucional razoável podem ser claramente invocados para reformar a família”⁸⁶

Veremos de forma mais detalhada na parte seguinte como o direito ao aborto e o seu debate em uma corte constitucional, se analisados à luz do conceito rawlsiano da Razão Pública, são compatíveis com uma concepção de justiça democrática.

II.b Razão Pública

Discutiremos aqui uma das ideias teóricas centrais deste trabalho e da teoria rawlsiana, aquilo que seria a resultante das relações políticas de um povo democrático que compartilha o mesmo status de cidadania, sua razão. Analisaremos dois limites do conceito

⁸⁵ *Idem Op Cit* pag 557

⁸⁶ *Idem Op Cit* pag 559

de Razão Pública: o da cidadania (a quem ela se estende?) e o da democracia (a que ela se presta?).

A Razão Pública é uma ideia daquilo que Rawls (2011) considera ser, política e juridicamente, o princípio moral formulador das justificativas das ações normativas, que influenciam a todos dentro da comunidade política. É aquilo que, segundo ele, demonstra a forma e o conteúdo da democracia. Ou seja, trata-se do problema da justificação do uso da coerção coletiva para tornar uma conduta proibida ou obrigatória. Ela é um ideal normativo, é

“[...]uma concepção ideal de cidadania para um regime constitucional democrático, apresenta as coisas como poderiam ser, considerando as pessoas como uma sociedade bem-ordenada e justa as encorajaria ser”⁸⁷

Portanto, não é uma lei, apenas e fundamentalmente é um princípio normativo ideal, daquilo que pode vir a ser e que deve guiar a concepção das instituições. É o exercício mais otimista que se pode fazer ao se pensar a política, ainda que de forma pragmática. É o esperar que os homens sejam nem bons nem maus, mas que racionalmente decidam pelo bem comum da comunidade política, independentemente daquilo que individualmente entendem como bom. É buscar a garantia de que o outro que queira propor restrições às liberdades individuais tenha o ônus de se justificar perante a comunidade política.

Sendo assim,

“[a] razão pública, então, é pública de três maneiras: como razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem público, além de questões de justiça fundamental; e sua natureza e seu conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre esta base”⁸⁸

Isso nos leva aos limites da razão pública, a entender como ela não se aplica a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem o que podemos escrever como pontos constitucionais essenciais e questões intrínsecas ao mais básico da justiça. Os limites da Razão Pública não se aplicam a decisões e pensamentos políticos individuais, a discursos que membros de associações privadas produzem acerca da comunidade política e que são pautados por suas razões privadas, aquilo que Rawls (2011) vai denominar como cultura de

⁸⁷ Idem *Op Cit* 251

⁸⁸ Idem *Ibidem*

fundo. Por conseguinte, este ideal é aplicável somente quando se trata de defender publicamente, no contexto de uma discussão sobre justiça básica, uma posição política, como por exemplo em falas de candidatos nas eleições ou juízes na Suprema Corte. No caso das eleições, não apenas os discursos dos candidatos devem ser mediados por este ideal, como também os votos dos cidadãos. Isso nos leva à seguinte questão, formulada em termos kantianos, caros a Rawls na formulação de seus conceitos: em uma discussão sobre justiça fundamental, como evitar que os indivíduos que têm sobre si o ônus da justificativa (por defenderem uma restrição às liberdades) recorram ao uso dogmático da razão e que este seja absorvido pelas instituições?

Começamos a responder a estas questões quando pensamos no princípio da legitimidade, sobre a origem da juridicidade do poder político, que é ligada a duas características especiais da relação política entre cidadãos democráticos:

"Primeiro, trata-se de uma relação entre pessoas no interior da estrutura básica da sociedade na qual nasceram e na qual normalmente passarão toda a vida.

Segundo, em uma sociedade democrática, o poder político, que é sempre um poder coercitivo, é o poder do público, isto é, de cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo." ⁸⁹

Ao se pensar nos cidadãos livres e iguais que compõem um corpo coletivo, devemos sempre levar em consideração o pluralismo de doutrinas, característica permanente da cultura política de uma sociedade democrática. Este pluralismo é a sua cultura de fundo, que traz uma multiplicidade de preceitos e visões razoáveis (e às vezes nem tanto). Portanto, este exercício do poder político coercitivo só é legítimo quando

"[...]em conformidade com uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente supor que todos os cidadãos subscrevam, à luz de princípios e ideais que são aceitáveis para eles, na condição de razoáveis e racionais" ⁹⁰

Uma vez que em um regime constitucional bem ordenado os valores políticos professados pelos cidadãos não são facilmente abandonados, a concepção de política é construída a partir de um consenso sobreposto das doutrinas razoáveis. Portanto, a junção entre o vínculo civil do indivíduo e os valores do âmbito político pressupõe uma perspectiva

⁸⁹ *Idem Op Cit* p 255

⁹⁰ *Idem Ibidem*

rousseauuniana do governo de si – que seria, no interior de uma determinada comunidade política, o viver de acordo com as leis que se subscreve – e uma ideia de liberdade civil vinculada à razão pública funda-se a partir da visão de cada indivíduo sobre o que é e o que não é razoável numa determinada sociedade, algo interno a sua própria doutrina. Dizer isso é entender que as doutrinas razoáveis se adaptaram à concepção de justiça da sociedade onde estão inseridas.

A razão pública não entende o voto como algo privado, mesmo que embasado por valores pessoais, mas interpreta-o, no que toca ao fundamental, como forma de promover o bem comum e os princípios políticos fundamentais daquela sociedade. O que Rawls (2011) tem em mente nesta interpretação de vontade geral aqui introduzida é descrevê-la como constituída por cidadãos livres e iguais buscando o bem comum da sua sociedade. Tal definição de razão pública incorpora estes pressupostos, em certa medida, ao pensá-los como a forma com que cidadãos iguais e livres, como indivíduos interdependentes, imporão regras uns aos outros e restringirão as suas próprias liberdades individuais, sendo amparados pelas sanções da sociedade civil. Essa razão ganha o status de pública devido a garantias que só seriam possíveis em um regime constitucional que assegure a liberdade de expressão dos seus indivíduos. Somente a partir disso é possível a existência de diretrizes compartilhadas e chegar-se a concordâncias voltadas para o bem comum, para a defesa de princípios de justiça básica.

Kant, na *Crítica da Razão Pura*⁹¹ – em passagens também citadas por Rawls (2011)⁹² em seu texto sobre a Razão Pública – descreve como o uso da razão possui condições e como o seu uso dogmático é problemático. Uma de suas condições é a crítica, porque

"[...]em todos os seus empreendimentos deve a Razão submeter-se à crítica e não pode fazer qualquer ataque à liberdade desta, sem se prejudicar a si mesma e atrair sobre si uma suspeita desfavorável. Não há nada de tão importante[...] , nem nada de tão sagrado que possa furtar-se a ela e esta investigação aprofundada não faz exceção a ninguém"⁹³

⁹¹KANT, E. *Crítica da Razão Pura*. Edição ACRÓPOLIS. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: br.egroups.com/group/acropolis/. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1781/mes/pura.pdf>

⁹²RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011, p 251

⁹³ KANT, E. *Crítica da Razão Pura*. Edição ACRÓPOLIS. pág 68. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: br.egroups.com/group/acropolis/. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1781/mes/pura.pdf>

Logo, os indivíduos livres exercendo o direito de exprimir suas reservas e vetos sem impedimentos, de poderes monárquicos ou religiosos, podem, diante disso, ao defender uma ideia no espaço público, fazendo o uso público da razão, criticá-la independentemente do seu status de cidadania, visto que este seria compartilhado por todos na comunidade civil.

Quando submetido a tribunais mais elevados da razão, o uso dogmático da razão como exercido por exemplo por um sacerdote, não consegue, mesmo se despedido de todos os seus ares dogmáticos, resistir ao olhar crítico de seu juiz. Essa razão não tem os recursos para exercer apropriadamente a crítica exatamente pelas suas barreiras dogmáticas e sua pertença ao domínio da crença. Os conflitos internos à Razão não podem ser resolvidos com negações dogmáticas da mesma. Afirmar, por exemplo, que há um deus supremo ou negar que há um deus supremo são argumentos internos de uma própria e específica visão de bem. Isto é, nenhuma das duas partes (a favor e contra) pode tornar sua causa concebível e certa apenas atacando a fraqueza da outra. Este tipo de discurso, de uso, deve, ao olhar de Kant, ser vigiado. Devemos ter o cuidado de que este tipo de ideia não tenha "[...]algum crédito e algum valor absoluto e afoguem a razão em ficções e ilusões". Para ele, a conduta própria aqui deve seguir o seguinte imperativo: "[...]deixai, pois, seu adversário falar em nome da razão e combatei-o simplesmente com as armas da razão"⁹⁴, pois "[...]é ao adversário que compete, por consequência, comprovar"⁹⁵.

O caso do aborto é um debate sobre uma questão de justiça que é conduzido na esfera pública no qual as diversas posições possuem posicionamentos muitas vezes dogmáticos, valores morais absolutos, em relação àquilo que defendem sobre pontos como a origem e a sacralidade da vida. Chegar a um consenso entre as doutrinas acaba se tornando, por vezes, uma tarefa de aparente insolubilidade. Rawls, ao falar sobre o tema, acredita que haja a possibilidade de se chegar a um argumento razoável e uma solução democrática através da Razão Pública⁹⁶ para estes debates que se relacionam com questões

⁹⁴ Idem *Op Cit* p 611

⁹⁵ Idem *Op Cit* p 632

⁹⁶ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011, p LXI

de justiça fundamental. Esta é uma das dificuldades explícitas da Razão Pública e das sociedades modernas.

A nota 32 da conferência VI do Liberalismo Político⁹⁷ traz aquilo que, anos depois, já na edição de 1996, Rawls vai denominar como sua posição sobre o caso do aborto. Segundo ele, esta nota servia para corroborar a seguinte passagem: “as únicas doutrinas abrangentes que se apartam da razão pública são aquelas que não podem dar sustentação a um equilíbrio [ou uma ordenação] razoável de valores políticos”⁹⁸. Equilíbrio este que é fundamental na busca de Rawls (2011) por uma concepção de política que relaciona os valores de justiça e a razão pública, cuja resultante sejam respostas razoáveis às questões que refiram-se à estrutura básica da sociedade, que a ordena constitucionalmente.

Uma questão controversa como a do aborto pode gerar discordâncias entre as diversas doutrinas abrangentes na sociedade, impasses nos quais os cidadãos, que compartilham a mesma concepção de justiça e vivem em um regime constitucional bem ordenado, sejam obrigados a emitir a sua opinião. O resultado desta votação deve ser visto, se exercido em conformidade com a ideia de razão pública, daquilo que se considera como sendo razoável, como legítimo. Isso não é o mesmo que dizer que o posicionamento perdedor do debate está do lado moralmente errado e o vencedor, do moralmente correto. Mesmo se a argumentação em favor do direito ao aborto for vencedora do debate, um cidadão moralmente contrário ao ato não é obrigado a praticá-lo, porém não pode a ele se opor – no caso de sua prática por outro cidadão – fazendo o uso da força. Uma instituição, porém, como a igreja católica, que historicamente se opõe à concessão do direito ao aborto, pode, dentro da sua razão privada, determinar para seus seguidores que o aborto é proibido, é um pecado. O que não é aceitável é que imponha, embasada por sua doutrina, aos demais membros da comunidade civil – externos à comunidade da igreja – esta restrição às suas liberdades.

Desta forma, dentre as diversas doutrinas presentes na sociedade política, aquela que, ao se posicionar publicamente sobre o caso do aborto, ou quaisquer outras questões,

⁹⁷Idem *Op Cit* p 28

⁹⁸ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011, p LXI

fizer uma defesa que leve em consideração os diversos valores políticos, de forma ser apresentável a todos os membros e não apenas aqueles que a seguem, observando assim a cláusula da razão pública, conseguirá se defender melhor perante as demais visões. Isso que não implica que, na construção de uma unanimidade entre as diversas doutrinas, a razão pública vá admitir mais do que uma resposta razoável devido à multiplicidade de valores e características políticas. A preocupação principal de Rawls (2011) é que os valores fundamentais daquela sociedade não sejam abandonados na ausência de um consenso.

Para uma resposta razoável ao caso do aborto, tendo como pressuposto uma sociedade bem ordenada e como objeto do debate mulheres adultas (preenchendo os critérios determinados por esta sociedade para a maioria para responder por suas ações), Rawls (2011) utiliza três princípios para avaliar a questão à luz da razão pública⁹⁹:

- a) Respeito à vida humana;
- b) Família;
- c) Igualdade política das mulheres perante a sociedade civil.

O primeiro diz respeito aos valores daquela sociedade no que toca o entendimento da preservação e valorização da vida humana, como discutido no capítulo 1, ponto chave de diversas doutrinas. A família, não importando o formato dela, é lida aqui como a responsável pela “[...]reprodução ordenada da sociedade política ao longo do tempo”¹⁰⁰, como discutido na parte acima, Liberdade e Privacidade. E por último, o direito à igualdade política das mulheres, seu status como cidadãs iguais, tem prioridade frente aos outros princípios, incluindo prioridade de defesa de sua vida acima da defesa da vida do feto até o terceiro mês de gravidez. Esse status de igualdade é, segundo Rawls (2011), uma das bases para a construção de uma concepção de igualdade para uma sociedade democrática.

⁹⁹*Idem Op Cit* 288

¹⁰⁰*Idem Ibidem*

II.c Democracias e tribunais constitucionais

A arena escolhida para análise neste trabalho é a de um tribunal superior que tenha o poder de exercer o controle de constitucionalidade. O que pretendemos discutir brevemente nesta parte é sobre como esse controle e seu exercício por juízes de um Supremo Tribunal se relacionam, dentro de uma perspectiva contramajoritária, com as ideias de razão pública e democracia. Mas, antes, voltaremos à discussão de *Roe v. Wade*, para discutirmos as implicações desta decisão ter sido tomada nesta arena.

Nos estágios finais da elaboração desta dissertação foi anunciada a aposentadoria do juiz Anthony Kennedy da Suprema Corte estadunidense, instituição onde teve atuação destacada e relativamente progressista. Kennedy era uma espécie de pêndulo ideológico da Corte e, nesse papel, foi crucial na extensão dos direitos civis da população LGBT e na manutenção da proteção constitucional do direito ao aborto em 1992. Assim, esse anúncio tem gerado preocupação quanto à estabilidade da decisão do *Roe v. Wade*, pois com a entrada de Neil Gorsuch como Juiz na Suprema Corte no início do governo Trump e agora com a indicação do juiz Brett Kavanaugh, a Suprema Corte americana, se essa indicação for aprovada, sofrerá uma mudança em sua balança ideológico, mudança esta que pode ser aquela necessária para atingir uma maioria para a revogação da polêmica decisão.

Em 2016, no debate presidencial contra Hilary Clinton, o agora presidente Donald Trump prometeu revogar esta decisão se tivesse chance para:

“Se colocarmos mais dois ou talvez três juízes, isso acontecerá. E isso acontecerá automaticamente, na minha opinião, porque estou colocando juízes pró-vida na corte.”¹⁰¹

Agora em 2018, nesta sua segunda indicação de um Juiz para a Suprema Corte os grupos pró-escolha estão realizando uma série de manifestações contrárias à nomeação de Kavanaugh. Os senadores durante a sua arguição perguntaram sobre as posições de Kavanaugh quanto ao caso, ao que ele respondeu:

¹⁰¹Trad. nossa. No original, em inglês: “If we put another two or perhaps three justices on, that will happen. And that will happen automatically, in my opinion, because I am putting pro-life justices on the court.” “Which Trump Should Be Believed On Overturning *Roe v. Wade*?” Disponível em: <https://www.npr.org/2018/07/03/625410441/which-trump-should-be-believed-on-overturning-roe-v-wade>. (acessado 07/09/2018 às 22h33)

“Uma das coisas importantes para se ter em mente sobre *Roe v. Wade* é que ela [a decisão] foi reafirmada muitas vezes nos últimos 45 anos. (...) Eu vou te dizer qual é a minha visão nesse momento, e é a de que se trata de um importante precedente do Supremo Tribunal que foi reafirmado muitas vezes. O Supremo Tribunal não reafirmou apenas de passagem.”¹⁰²

Os desdobramentos de sua possível admissão na Suprema Corte e da virtual revogação da decisão de *Roe v. Wade* demandarão análises futuras. O que podemos dizer é que, qualquer que seja a decisão, o assunto continuará provocando mobilização social e dividindo a opinião pública americana em torno desta decisão emblemática enquanto houver divergências quanto a “[...]Deus, a moral e a metafísica”¹⁰³.

Em 1996, Ronald Dworkin publica “*Freedom’s law*”, contendo um texto de 1989 chamado “*Roe em perigo*” onde já aponta para a ameaça que esta decisão corre/corria. Ele descreve, ali, como após a decisão os grupos conservadores e anti-escolha se organizaram de forma a tentar com que ela fosse revogada, indo de ataques violentos às clínicas que realizam os procedimentos ao exercício de pressão sobre o presidente para indicar juízes que tivessem posições contrárias à interpretação constitucional.

Diferentes razões foram mobilizadas ao longo da história para construir argumentos que tentassem precisar o momento do início da vida e até o presente ainda não há acordo moral sobre a questão. Para Dworkin(2006), a proposição de que a decisão sobre a temática do aborto ficasse a cargo de legislativa estadual, de uma lei ordinária sobre o assunto, fazendo com que estes espaços locais determinem se criminalizarão a prática partir das suas convicções, abriria um espaço para que, caso os grupos anti-aborto fossem mais fortes, as mulheres não tivessem o direito de decidir a partir das suas posições morais se querem ou não realizar o procedimento.

Além do mais, o ponto da decisão *Roe v. Wade* não seria determinar qual é este momento primordial, e sim se este feto deve ser entendido como pessoa constitucional, que

¹⁰² Trad. nossa. No original, em inglês: “One of the important things to keep in mind about *Roe vs. Wade* is that it has been reaffirmed many times over the past 45 years. (...)I will tell you what my view right now is, which is it’s an important precedent of the Supreme Court that has been reaffirmed many times. The Supreme Court didn’t just reaffirm it in passing”. Disponível em: <https://www.nationalreview.com/news/brett-kavanaugh-roe-v-wade-important-precedent-of-the-supreme-court/>. (acessado 07/09/2018 às 22h33)

¹⁰³ DWORKIN, R. “O Direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana”. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 69

tenha os mesmos direitos que as outras pessoas possuem segundo a carta magna. A derivante dessa decisão, que envolve um embate entre direitos fundamentais, é a interpretação que será dada ao direito das mulheres à autodeterminação, de decidir sobre a sua própria gestação, e de ter defendido o direito a ter seu espaço de privacidade, de serem uma cidadã com os mesmos direitos que os homens. Para Dworkin(2006),

“[o]s tribunais não podem se furtar a resolver a questão jurídica de saber se o feto é uma pessoa constitucional, pois é descabido pensar em direitos constitucionais que alguém tem ou deixa de ter numa determinada área do direito constitucional sem decidir primeiro quem mais teria direitos que o Estado deve ou também pode reconhecer”¹⁰⁴

Os juízes devem buscar na carta constitucional, em seus princípios de justiça uma resposta a este embate, é o seu papel enquanto intérpretes desta constituição diante de um embate entre direitos fundamentais. O que leva a uma outra questão: No caso dos EUA, por exemplo, são nove juízes, o que pode significar nove interpretações diferentes e talvez divergentes no tocante ao essencial sobre como estes princípios devem ser lidos. Muitas críticas quanto à legitimidade, do ponto de vista de uma falta de neutralidade, são direcionadas às decisões dos juízes. Dworkin(2006) formula-as desta forma:

“[m]as não podemos saber se essas queixas se justificam sem ter alguma teoria de como os juízes devem interpretar os dispositivos abstratos da Constituição, como por exemplo o dispositivo que estabelece o devido processo legal. Como os juízes devem decidir quais direitos têm e quais não tem ‘raízes’ naquela linguagem abstrata?”¹⁰⁵

John Rawls(2011)¹⁰⁶ apresenta um caminho para a solução deste problema em uma parte da conferência VI denominada a "Suprema Corte como modelo de Razão Pública"¹⁰⁷. Mostra, ali, como a Corte, no contexto de uma sociedade democrática onde há um regime constitucional, em que os juízes exerçam o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou revisão judicial, será a razão do tribunal superior¹⁰⁸. Apresenta em seguida cinco princípios do constitucionalismo que servem para corroborar sua afirmação.

O primeiro deles, Rawls(2011) busca em Locke: trata-se do “[p]oder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário das autoridades públicas e do

¹⁰⁴ Idem *Op cit* p 71

¹⁰⁵ Idem *Op Cit* 82

¹⁰⁶ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁰⁷ Idem *Op Cit* 272.

¹⁰⁸ Idem *ibidem*.

eleitorado"¹⁰⁹. Trata-se da fundamentação da instituição de um regime após o anterior ser dissolvido. É o que dá origem à constituição. O segundo princípio é a diferenciação entre a lei mais alta e a lei ordinária. A primeira delas é a concretização da vontade do povo e é pelo povo legitimada; a segunda, "[...]a expressão do poder ordinário, do parlamento e do eleitorado"¹¹⁰. A lei mais alta, que é a Constituição, é o que limita e determina a segunda. Terceiro princípio: a Constituição – democrática – é a expressão política do autogoverno de um povo. Quarto: a Constituição contém os elementos constitucionais essenciais, que determinam as liberdades individuais e as garantias desse Estado. O último dos princípios descreve como o maior dos poderes não está nas mãos de uma única força, sequer nas de um Tribunal Superior; deve, na verdade, ser fruto da relação entre os três poderes. No caso de uma democracia constitucional, a ideia de uma supremacia parlamentar é rejeitada de forma objetiva para evitar que essas maiorias transitórias que compõem o parlamento tomem para si o papel de mudar o que deve ser subscrito pelos demais a cada eleição.

Desta forma, dentro de uma democracia constitucional, a Suprema Corte, quando aplica a Razão Pública, está impedindo

“[...]que a lei seja erodida pela legislação das maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para valer seus pontos de vista”¹¹¹

Aqui se vê uma imagem do caráter contramajoritário de uma corte constitucional: nesse caso, colocando que a constituição tem como pressuposto ser duradoura e que seus princípios de justiça não sejam modificados a cada eleição, a cada maioria transitória. A cada eleição, pode-se mudar o corpo do poder legislativo, cujos membros representam interesses diversos na sociedade. As novas normas derivadas das decisões que o legislativo tomará devem estar em conformidade com a constituição, com os princípios de justiça prescritos, e cabe ao judiciário interpretá-los desta forma.

Para Rawls(2011), os membros do legislativo, se não estiverem abordando questões de justiça básica, não têm a necessidade de justificarem seus votos e discursos recorrendo à

¹⁰⁹ Idem *Op Cit* 273.

¹¹⁰ Idem Ibidem

¹¹¹ Idem *Op Cit* p 276

Razão Pública, ao contrário dos juízes. O papel dos juízes no exercício de suas funções é o de não

“[...]invocar a própria moralidade pessoal, nem os ideais e as virtudes da moralidade em geral. [...]Mais precisamente, devem recorrer aos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública”¹¹²

Isso não necessariamente implicará em coesão entre os pronunciamentos públicos dos juízes – a Razão Pública admite que, se pautados nos princípios de justiça, atribuindo todos “[...]o mesmo lugar ao núcleo central das liberdades fundamentais”¹¹³, seus usuários cheguem a conclusões diferentes entre si.

Trata-se, então, na relação entre Constituição e Suprema Corte, de uma autolimitação da soberania. Outros autores, como Elster (2009)¹¹⁴, tentarão entender o motivo pelo qual um governo cuja maioria foi garantida nas eleições limitaria o próprio poder na forma de um texto constitucional. Ele utiliza a metáfora de Ulisses, que querendo voltar para Ítaca (e para Penélope), amarra-se ao mastro do navio e tampa os ouvidos de seus companheiros, a fim de que eles não caiam nos encantos das sereias. Para Elster (2009), o reconhecimento por Ulisses da sua fraqueza e a autolimitação da sua liberdade seriam uma ótima analogia para com a adoção pelos homens do constitucionalismo, visto que, conscientes de suas fraquezas, limitariam o próprio poder. Estas fraquezas são aqui simbolizadas pelas sereias, colocadas em lugar análogo às majorias e seu canto sedutor na defesa de seus interesses.

John Ferejohn (2014) e Pasquale Pasquino (2014)¹¹⁵ em seu artigo “*The countermajoritarian opportunity*”¹¹⁶ discutirão a hipótese defendida por Barry Friedman de que “[...]um poder contramajoritário pode aumentar a deliberação pública”¹¹⁷. Ou seja, a hipótese de que as Cortes Constitucionais, ao deliberarem sobre um tema à luz da

¹¹² Idem *Op Cit* p 279

¹¹³ Idem *Op Cit* pág 280.

¹¹⁴ ELSTER, Jon. (2009) Ulisses liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo, Editora Unesp.

¹¹⁵ FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. “The countermajoritarian opportunity”. *Journal of Constitutional Law*, University of Pensilvania. Vol 13:2, 353-395 (2014)

¹¹⁶ Tradução nossa. No original: “A oportunidade contramajoritária”.

¹¹⁷ Tradução nossa. No original: “a countermajoritarian power can increase public deliberation” Idem *Op Cit*, p 395.

Constituição, acabam colocando-o em pauta e aumentando a participação da sociedade civil. Partindo da ideia de que

“[p]essoas comuns não têm tempo de prestar atenção em tudo, mas quando decisões governamentais afetam suas vidas ou valores centrais, eles podem às vezes ser induzidos a prestar atenção e a expressar opiniões”¹¹⁸

Mesmo que para eles as deliberações feitas na esfera pública, frequentemente, não sejam feitas de forma racional mas sim através de explosões emocionais, de diversos tipos, estas servem como formas de mobilizações muitas vezes em torno de instituições judiciais¹¹⁹. Isso seria uma das formas de defender a crítica ao caráter antidemocrático de uma Corte Constitucional nestes moldes.

A ideia de razão pública apresentada acima é discutida pelos autores, apresentando críticas e concordâncias. Para eles, de fato, algumas instituições, por conta da sua forma, seriam guiadas pela razão pública, mas “nós não podemos esperar sempre que os membros daquele segmento ajam como a razão pública demanda, mesmo em casos [em] que é moralmente exigido deles”¹²⁰. Ainda assim, seguindo Friedman, eles concordam com o fato de haver uma relação entre as deliberações populares e as da Suprema Corte¹²¹, mas que ao contrário de Rawls que defende que uma corte contramajoritária não seria uma arena muito exemplar.

No entanto, por ser um princípio normativo, a Razão Pública serve para nortear a forma de justificar-se frente a todos os membros de uma sociedade civil. A Constituição, sendo a expressão do autogoverno de um povo, como descrito acima, é fundada no povo e dele emana sua autoridade. Por isso, quando um tribunal, que deve proteger esta lei mais alta, aplica o uso da razão pública neste exercício, revestido desta autoridade, estaria cumprindo um papel contramajoritário mas não antidemocrático. Pois, como define Rawls(2011)¹²², “[...]a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais

¹¹⁸ Tradução nossa. No original: “ordinary people do not have the time to pay attention to everything, but where a governmental decision affects their lives or central values, they can sometimes be induced to pay attention and to form and express opinions”. Idem *ibidem*.

¹¹⁹ Idem *Op Cit* p 366.

¹²⁰ Tradução nossa. No original: “We cannot always expect the members of that branch to act as public reason demands, even in cases where it is morally required of them”, Idem *Op Cit* p 369.

¹²¹ Idem *ibidem*.

¹²² RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011, pag 281

precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, por fim permitirá a Corte dizer o que é".

III. CAPÍTULO 3: O ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo focaremos na discussão de três casos empíricos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal (STF), como foi dito antes, para tentar compreender como o problema do aborto vem sendo tratado na mais alta corte do país. Interessa particularmente prospectar as razões que embasam as decisões dos ministros do STF. Esse conjunto de razões vem a constituir o *corpus* empírico, por assim dizer. Definido como norte teórico o conceito de razão pública, tal qual definido por John Rawls(2011), pensaremos como o STF historicamente lidou com este conflito de direitos fundamentais, à vida e a autodeterminação, no Brasil.

Os três pronunciamentos versam sobre aspectos diversos da questão. O primeiro é uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), 3.510, de 29 de Maio de 2008 e trata da pesquisa com células-tronco; o segundo é uma arguição de descumprimento de preceito

fundamental (ADPF), 54, e versa sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo; e, por último, o Habeas Corpus (HC), 124.306, de 29 de novembro de 2016 e que discute a incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

O objetivo deste texto consiste em mapear os argumentos, o tipo de justificativa que os juízes da Suprema corte costumam mobilizar em seus votos na análise da jurisprudência dos casos e ver como estas marcam posições dentro do debate político brasileiro. Buscaremos entender como a questão é apresentada politicamente e quais saídas políticas são oferecidas para os limites do dever do Estado em relação ao impasse da questão da origem da vida, situando dessa forma o problema mais específico e concreto da interrupção voluntária da gravidez no quadro mais amplo e abstrato da teoria política contemporânea, tentando compreender como este problema se vincula à liberdade individual, de um lado, e à legitimidade democrática, do outro.

John Rawls(2011), em "O Liberalismo Político"¹²³, como vimos no capítulo anterior, parte da afirmação de que "[...]em um regime constitucional em que há controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ou revisão judicial, a razão pública é a razão de seu tribunal supremo"¹²⁴. A justificativa apresentada pelos juízes em suas decisões de controle de constitucionalidade deve ser fundamentada independentemente da noção de bem dos mesmos, ou seja, independentemente de sua moralidade, religiosidade e ideologia, visto que estas decisões, devendo "[...]refletir valores políticos de justiça e razão pública"¹²⁵, trariam implicações normativas a todos da comunidade civil.

A escolha de decisões vinculadas ao Supremo Tribunal Federal em seu exercício de controle constitucional deve-se a seu status de objeto capaz de catalisar temas que são caros e centrais, "[...]como a interpretação constitucional, a separação de poderes, a democracia, a organização do Judiciário, os direitos fundamentais e o federalismo"¹²⁶. No caso desta parte

¹²³ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011 (272-284) ("A Suprema Corte como modelo de razão pública").

¹²⁴

¹²⁵ SILVA, Virgílio. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública". IN Revista de Direito Administrativo 250 (2009), p 209

¹²⁶ Idem *op cit* p 198

empírica do trabalho, focaremos em como os direitos fundamentais das mulheres são tratados em uma sociedade democrática em seu locus privilegiado da razão pública, através da análise de qual tipo de argumentação os ministros utilizam para tomar decisões sobre este tema.

Para Estelle Ferrarese (2015), a justificativa de normas e leis constantemente pode conter partículas de discursos que são injustificadas para alguns membros da comunidade civil. Parte da gramática política atual referente aos direitos individuais, segundo ela, tem a ver com a reprodução social do gênero, com o ponto diferencial entre o masculino e o feminino. Deve-se, então, mapear o debate sobre a legitimidade das leis que influenciam a questão do gênero, tanto do ponto de vista da normatividade quanto do ponto de vista discursivo dos indivíduos, visando mostrar quais os pontos injustificados ou contraditórios. Esses pontos não esclarecidos, segundo a autora, estruturam as controvérsias e os conflitos políticos contidos na esfera política. Faz-se necessário aí analisar com cuidado a justificativa dada pelos juízes na interpretação de temas que dizem respeito às mulheres de forma mais forte e específica, pois como define Rawls(2011)¹²⁷, "[...]a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer que é". Isso posto, apresentaremos a seguir as ações que serão analisadas.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.510 foi proposta pelo Procurador Geral da República, Dr Cláudio Lemos Fonteles, visando à Lei Federal nº 11.105, Lei de Biossegurança, em específico o seu artigo 5º. Este versa sobre o uso de células-tronco produzidas *in vitro* em pesquisas. Para o autor da ação, este artigo vai de encontro à

“[...] inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”¹²⁸

Segundo o mesmo, a vida se iniciaria na fecundação, com o encontro dos gametas feminino

¹²⁷ RAWLS, JOHN. "O Liberalismo Político". São Paulo: Martins Fontes, 2011, p 281

¹²⁸ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005.
Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 28/06/2017.

e masculino, e o zigoto seria um ser humano embrionário, sendo, desta forma, detentor de direitos constitucionais.

Seguindo o voto do Relator, o Min. Carlos Ayres Britto, por seis votos a cinco, a maioria decidiu que a ADI era improcedente e não se alterou o 5º artigo da Lei de Biossegurança. Tendo em vista o direito à saúde e a liberdade de pesquisa científica que são garantidos constitucionalmente, os ministros defenderam a pesquisa com células-tronco como uma das garantias democráticas, como o diz Carmem Lúcia na seguinte passagem:

“A pesquisa científica diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar, de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados obtidos com as pesquisas. Logo, diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar.”¹²⁹

Logo, para ela,

“[...] pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”

Os ministros defenderam desta forma que esta pesquisa, em termos de utilidade, representa avanços no campo da saúde.

O argumento de que as pesquisas violariam o princípio da dignidade humana e atentariam contra a vida não se aplicaria a células-tronco embrionárias pois a Constituição, segundo os ministros, ocupa-se juridicamente das pessoas físicas ou naturais que sobrevivem ao parto, da vida que já é própria de uma pessoa concreta. Portanto, a inviolabilidade da vida de que trata o art. 5º é a de um indivíduo já personalizado. As pesquisas com células-tronco são produzidas *in vitro*, isto é, trata-se de zigoto extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado, não havendo, desta forma, a necessidade de interromper gravidez humana, ou seja, do aborto. O Ministro Celso de Mello dirá que a “[...]controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.”¹³⁰

A ADPF 54, por sua vez, foi protocolada pela Confederação Nacional dos

¹²⁹ Idem Ibidem

¹³⁰ Idem Ibidem

Trabalhadores na Saúde (CNTS). Como apresentou o relator Ministro Marco Aurélio,

“[...] pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado”¹³¹

Vale ressaltar que esta decisão não vincula a descriminalização do aborto e não é postulada a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais. O relator diz ser sem propósito a divulgação feita à época de que se trataria de um exame pelo Supremo da proibição do aborto por tratar-se na verdade da “[...]antecipação terapêutica do parto”¹³². A alegação vai no sentido de tratar-se de uma patologia que torna inviável a vida extra-uterina, visto que a antecipação terapêutica do parto não consubstanciaria aborto naquilo que tange à potencialidade de vida extra-uterina.

Por fim, a última decisão do STF sobre este tema, tanto neste trabalho quanto em sua corte, é uma ação de Habeas Corpus referente a uma prisão preventiva e a uma ação penal pelo crime de aborto, que não possui súmula vinculante mas que marca um direcionamento da corte sobre a temática. Segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, não teria havido suficientes requisitos para a decretação da prisão:

“[...]trata-se de um Habeas Corpus, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça(...) Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 1261 (aborto) e 2882 (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado 'aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta’”¹³³.

Os beneficiários da ação de Habeas Corpus, conforme descrito acima, foram presos em flagrante e mantinham uma clínica de aborto, e para assegurar a garantia de que “[...]a

¹³¹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal de Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012.
Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 28/06/2017.

¹³²

¹³³ RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 124.306. Relator Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016.
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 28/06/2017.

lei penal seria empregada e a ordem pública mantida”¹³⁴, suas prisões preventivas foram decretadas. No entanto, sua defesa alega que eles não se enquadram nos requisitos necessários do art. 312 do Código de Processo Penal, que trata da prisão preventiva. Segundo eles,

"[...] (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura."¹³⁵

Na síntese da demanda, o Supremo aponta inadequações processuais que legitimaram o fim do processo devido à sua jurisprudência. Contudo, “[...] em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria”¹³⁶, ele decide realizar o controle de constitucionalidade por uma ordem de ofício.

As ações são muito diferentes entre si. O que as une é apenas o fato de todas tratarem da questão da interrupção voluntária da gravidez. A primeira é uma ação direta de inconstitucionalidade que, em linhas gerais, seria um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade das leis, indo ou não de encontro à Constituição. É evocada no momento da proposição da lei de biossegurança, uma norma específica cuja interpretação (sobre se a pesquisa com células-tronco feriria ou não a Constituição) cabia ao STF. A segunda é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujo objeto é evitar ou reparar lesão aos preceitos da Constituição, por conta de omissões do Poder Público, e é evocada para tratar a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/4) que versa sobre o aborto pensando especificamente em caso de anencéfalo. O terceiro e último é uma ação judicial que tem o objetivo de proteger o direito de liberdade de locomoção dos acusados de ter uma clínica de aborto, e argumenta que sua prisão teria sido abusiva e irregular, cabendo, portanto, o Habeas Corpus neste caso.

A escolha destes casos se dá devido ao seus caracteres precursores com relação aos

¹³⁴ Idem ibidem

¹³⁵ Idem ibidem

¹³⁶ Idem ibidem

aspectos de direitos reprodutivos e de gênero, além de seu ponto em comum ser um dos temas mais polêmicos atualmente em discussão na nossa sociedade.

III.a ADI 3.510: Pesquisa com Células-tronco

A ADI 3.510 versa sobre a impugnação em bloco do Art. 5^a da Lei de Biossegurança, cujo objeto é a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, como vemos a seguir:

Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”¹³⁷

O debate referente a esta ação será centrado em torno da violação do direito à vida e a consequente construção de um esforço de descaracterização da pesquisa como crime de aborto.

Os ministros, de um modo geral, organizaram seus discursos no exercício da análise de jurisprudência, como mencionado acima, em torno do direito à vida, à pesquisa e à saúde. No que se segue veremos como decidiram, em uma maioria apertada, com apenas

¹³⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 28/06/2017. Usou-se a paginação do PDF disponível neste link.

um voto de diferença, pela improcedência total da ação (conforme a tabela 1 e usando o voto do relator como parâmetro: “Sim” significa considerar improcedente a ação; “Não”, procedente a ação).

VOTOS ¹³⁸										
Carlos Ayres Britto (relator)	Ellen Gracie	Carlos Alberto Menezes Direito	Cármén Lúcia	Ricardo Lewandowski	Eros Grau	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Marco Aurélio	Gilmar Mendes	Celso de Mello
SIM	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM

tabela 1

O relator da ação, o Ministro Carlos Ayres Britto, antes de adentrar o conteúdo do seu voto, argumenta que, com o intuito de preservar o pluralismo de ideias e garantir que as diferentes visões que se posicionam na esfera pública sobre o tema fossem escutadas naquela arena, admitiu a presença dos *amici curiae* (Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos - CDH; Movimento em Prol da Vida - MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB) e realizou audiência pública, onde compareceram 22 autoridades científicas. Como o objeto desta análise são os votos dos juízes e não os posicionamentos da sociedade civil, apresentaremos apenas como eles foram centralizados em duas correntes:

- a) A primeira interpreta o uso das células-tronco segundo o entendimento de que desde o momento da fecundação entre um óvulo feminino e um espermatozóide masculino já exista uma pessoa dotada “[...]de sua individualidade genética e especificidade ôntica”¹³⁹;

¹³⁸ Legenda - Usando o voto do relator como parâmetro:

"*Sim = improcedente a ação

Não = procedente a ação "

¹³⁹ *Idem op. cit.* Pág 148

- b) A segunda é a que defende as pesquisas com células-tronco provenientes de embriões humanos de forma entusiástica e como bastião do progresso e avanço da humanidade;

No que se segue, respeitando a ordem com que foram proferidos, veremos como os votos dos juízes de certa forma também se posicionam em uma das duas correntes. Começaremos pelo relator, que vota pela total improcedência da ação.

Para o Ministro Ayres Britto a Constituição em vigência não determina em seu texto o instante em que se inicia a vida, a vida pré-natal, ou a partir do qual pode ser inculcada personalidade jurídica ao nascituro, revestindo-o de personalidade civil – a Constituição apenas diz que este ser está sob seu jugo entre a vida e a morte. No entanto, Britto extrai daí que ela está conferindo “[...] ‘direitos da pessoa humana’ (alínea b do inciso VII do art. 34), ‘livre exercício dos direitos [...] individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’”¹⁴⁰ a um indivíduo nascido.

Ele menciona como a Constituição utiliza o termo “residentes no país” e no seu artigo quinto, ao falar aos brasileiros, os separa em

“[...]natos (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12).¹⁴¹

Pode-se, portanto, depreender que a vida à qual refere-se a Constituição é nativiva, a vida de uma pessoa concreta física e naturalmente.

No entanto, para o Ministro, em um “transbordamento” do princípio da dignidade da pessoa humana no nosso código civil, como por exemplo nos arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 que versa sobre a Criminalização do Aborto, haveria a proteção deste feto como um bem jurídico pré-natal, mas descrito sempre como interior ao corpo feminino. Porém, mesmo no interior da lei, haveria em seus incisos I e II do art. 128¹⁴², exceções a uma interpretação de que toda gravidez humana implique

¹⁴⁰ *Idem op. cit.* Pág 164

¹⁴¹ *Idem op. cit.* Pág 164

¹⁴² Artigo 128 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 128 “[...] a saber: ‘se não há outro meio de salvar a vida da gestante’ (aborto terapêutico); se ‘a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental ou compassivo)’”.

desde a sua concepção na existência de duas pessoas (a mãe e o feto). Para o ministro, isso implicaria que,

“[...]apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclarar-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.”¹⁴³

A Constituição de 88, no que tange o planejamento familiar, entende a gestação como “[...]fruto da livre decisão do casal”¹⁴⁴, mas cabe ao Estado “[...]propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”¹⁴⁵ nesse caso. O que não é colocado em nenhuma parte do ordenamento é qualquer menção à obrigação de, caso utilizem dos recursos científicos de uma inseminação artificial, utilizar todos os embriões produzidos. Para ele,

“[...] tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher”¹⁴⁶

O Ministro Ayres Britto vota pela improcedência total da ação, por interpretar que constitucionalmente, levando ainda nosso código civil em consideração, as células-tronco, produzidas extra-corporalmente, não ferem o princípio da dignidade humana por não estarem inseridas em um corpo humano e não terem possibilidade de desenvolvimento fora do útero. Completa ainda a avaliação afirmando sua crença em que as pesquisas realizadas representarão avanços científicos significativos.

¹⁴³ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005. Pág 171. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 28/06/2017.

¹⁴⁴ “I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 5º); II - princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva”

¹⁴⁵ Inciso 7º do artigo 226

¹⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005. Pág. 188. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 28/06/2017.

Entre 2005 e 2007 a ADI manteve-se em trâmite no STF sem efetivo julgamento, e, por convenção jurídica qualquer atividade relacionada ao tema discutido foi suspensa até resolução.

A ministra Ellen Gracie, durante o processo de julgamento, pediu o adiantamento do seu voto, para acompanhar o relator. Sua justificativa foi a de que

“[i]n obstante a inexistência de uma medida liminar, é de conhecimento geral que as pesquisas, se não foram paralisadas, sofreram um sensível desestímulo durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência, com a sua diligência, trará o processo dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros processos”¹⁴⁷.

Ela também enfatiza o posicionamento do tribunal quanto aos aspectos relacionados ao tipo de justificativa, o papel daquele espaço. Para ela,

“[...]a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que não somos uma academia de ciências”¹⁴⁸

Portanto,

“Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo”¹⁴⁹

O que podemos extrair destas passagens destacadas sobre o posicionamento do tribunal é que no âmbito das disputas sobre as diversas visões de bem, não seria papel do mesmo determinar ou privilegiar nenhuma delas como sendo, de certa forma, oficiais desta sociedade. Não cabe ao tribunal se posicionar sobre o teor das teorias que, em disputa no meio social, defendem ou atacam a realização das pesquisas, e sim sobre como as pesquisas se relacionam com aquilo que constitucionalmente foi determinado.

A ministra mantém este posicionamento ao falar sobre o tema da origem da vida:

“Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não

¹⁴⁷ *Idem op. cit.* Pág 79

¹⁴⁸ *Idem ibidem*

¹⁴⁹ *Idem op. cit.* Pág 81

somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988”¹⁵⁰

Ou seja, constitucionalmente falando, não há uma definição quanto ao momento do início da vida e o Supremo Tribunal Federal, com seu poder constituinte derivativo, não teria o papel de acrescentá-la ao texto constituinte. Cabe a outro poder, o legislativo, a inserção de tal conteúdo, caso assim delibere necessário. Delimita-se, desta forma, o papel daquela arena como interpretativo da constituição e legislativo, que cabe à sua câmara designada.

No entanto, para a ministra Ellen Gracie, o pré-embrião¹⁵¹ fora do útero, que é o desenvolvido e utilizado nas pesquisas por não ser "acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento” e sim criado artificialmente, não poderia receber a classificação de nascituro, Não é, assim, interpretado como algo que pode (que carrega a potência de) vir a se tornar um ser humano.

“A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião - ou ao menos aqueles de que aqui tratamos - ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte - também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse - a própria denominação o esclarece bem - se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte”¹⁵²

Isto posto, os embriões criados artificialmente em laboratório que não seriam implantados no útero poderiam ser utilizados em pesquisas já que não existe a possibilidade de virem a nascer. Para ela, em termos utilitários,

“[o] aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de

¹⁵⁰ *Idem ibidem*

¹⁵¹ Ela utiliza uma diferenciação entre “pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir)” e “embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada)” criada pelo professor Wilson(1998). WILSON, Edward Osborne. *On Human Nature*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Tenth printing, 1998, p. 53.

¹⁵² *Idem op. cit.* Pág 79

três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida.”¹⁵³

Portanto, ao justificar o seu voto nestes termos, ela evita o debate e uma possível interpretação favorável ao aborto, visto que ao colocar o útero como determinante para a viabilidade ou não do embrião em ser considerado um ser vivo em potência, ela coloca a mulher, que possui o “receptáculo natural” para o desenvolvimento deste, como determinante mas secundária para esta interpretação. O embrião criado artificialmente fora de um útero não é considerado um nascituro, um ser vivo em potência. Referente à ação direta de inconstitucionalidade, a Ministra Ellen Gracie, seguindo o voto do relator,

“[...]por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.”¹⁵⁴

Vota, assim, pela improcedência total da ação.

A ministra Carmen Lúcia, da mesma forma que Ellen Gracie, pede antecipação de seu voto, mas antes de demonstrar os fundamentos do mesmo comenta sobre

“[...]o grande, necessário, positivo e muito democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação” e sobre como esta “(...)diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar”¹⁵⁵.

Como foi apresentado no capítulo anterior, uma das características de uma sociedade democrática é o pluralismo de ideias, e a existência de um espaço público onde estas opiniões estejam presentes é sinal expressivo do bom funcionamento das suas instituições. A ministra enfatiza este fato e como o tema da discussão e sua decisão são algo que afeta a vida de todas as pessoas da sociedade civil. Faz, no entanto, uma grande explanação sobre como cabe aos juízes, mesmo com toda a agitação social, manter-se focados naquilo que está determinado na Constituição e afirma que

“[...] as manifestações, dotadas – repito – de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do

¹⁵³ *Idem op. cit.* Pág 86

¹⁵⁴ *Idem op. cit.* Pág 451

¹⁵⁵ *Idem op. cit.* Pág 326

seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.”¹⁵⁶

Esta passagem destacada marca seu posicionamento quanto às pressões externas em torno do tema geradas pelo debate e pelos apelos em levar-se em consideração as diretrizes religiosas em sua decisão, reforçando que é somente com o “[...] compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado”¹⁵⁷. Garantir que as leis de um país estejam de acordo com a sua constituição, com os seus princípios de justiça, é um dever desta instância para com os indivíduos sob a sua jurisdição.

A ministra, no entanto, discute sobre como a relação entre o direito ao aborto e o direito à vida foi interpretada de outras formas, dentro da legislação brasileira e no debate interno à igreja católica. Segundo ela,

“[...]o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional”¹⁵⁸

Isso, portanto, justificaria a presença da possibilidade de aborto em casos onde a gestante corre de risco de vida e em caso de estupro no ordenamento jurídico desde 1940. A argumentação da ministra utiliza inclusive dois teóricos católicos, São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, a fim de demonstrar como, em um momento de simbiose entre Igreja e Estado, a permissão do aborto em casos terapêuticos¹⁵⁹, visando salvar a vida da gestante, conciliava inquietações de cunho religioso com uma imposição prática.

A ministra, ao julgar improcedente a ação, argumenta que, com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o presente caso do embrião utilizado

¹⁵⁶ *Idem op. cit.* Pág 194

¹⁵⁷ *Idem op. cit.* Pág 196

¹⁵⁸ *Idem op. cit.* Pág 207

¹⁵⁹ “A palavra de Santo Tomás de Aquino, de que *innocentes nullo pacto occidere licet*, não teve repercussão na lei social, que é editada para o plano terreno, e não para a *Civitas Dei*. Do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, quando aquela pode ser salva com sacrifício deste. Semelhante absurdo não passou despercebido ao padre Agostinho Gemelli, o maior sábio que a Igreja possui na atualidade, e no Congresso Obstétrico reunido em Milão, no ano de 1931, explicou ele, interpretando a encíclica *Casti Connubii*, que era permitido o aborto indireto, isto é, conseqüente à ministração de meios terapêuticos sem intenção positiva de eliminar o feto, ainda que este venha a morrer ou ser expulso prematuramente.” *Idem op. cit.* Pág 207

nas pesquisas, são “[...]matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher”¹⁶⁰ e que, portanto, o aborto nesse caso não viola o direito a vida, visto que “[n]a hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do aborto”¹⁶¹. Novamente o útero aparece como determinante para o voto ao ser descrito como aquilo cuja presença decide se o embrião contém ou não potência de vida.

Ricardo Lewandowski norteia seu voto com um argumento baseado no pensamento de autores clássicos da teoria crítica, que defendem que

“[...] incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais,(...) estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas”¹⁶²

Sua justificação vai no sentido de dizer como o artigo da lei de biossegurança deve ser analisado à luz de uma interpretação do princípio da dignidade humana e do direito à vida, evitando tratar a questão de forma a destituí-la de sua singularidade e complexidade.

Mesmo com todas as possíveis interpretações sobre a origem da vida, do ponto de vista jurídico, com base na sua interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, o ministro defende que “[...]sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano [...]: Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”¹⁶³. No entanto, frisa que este debate não deve ir no sentido de determinar se a origem desta vida humana requer ou não um útero, mas sim no sentido de pensar o direito à vida, notando como esta pesquisa envolve uma reflexão sobre a vida enquanto bem coletivo.

O ministro votou como procedente certa parte da ação, como condição de limitar e determinar a interpretação que deve ter o artigo 5º¹⁶⁴, no sentido daquilo que ele considera

¹⁶⁰ *Idem op. cit.* Pág 217

¹⁶¹ *Idem op. cit.* Pág 208

¹⁶² *Idem op. cit.* Pág 253

¹⁶³ *Idem op. cit.* Pág 268

¹⁶⁴ “i) art. 5º, caput : as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações in vitro realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos; iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu

ser o seu papel frente aos desenvolvimentos da ciência e buscando evitar a coisificação da existência¹⁶⁵. Para ele, as pesquisas realizadas com células-tronco carregam controvérsias que podem colocar em risco a espécie e a natureza humana como conhecemos hoje. Portanto a pesquisa deve ser observada e limitada na falta de respostas sobre os limites éticos da manipulação deste material primordial, mesmo que esse agrupado de células “[...]não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra”¹⁶⁶. Vota, assim, visando ao futuro da herança genética humana, entendendo o direito à vida de forma coletiva, como procedente parte da ação mas com ressalvas quanto a sua regulamentação.

O Ministro Eros Grau inicia seu voto explorando o debate social entre ciência e religião, colocando ambas no mesmo patamar em termos de necessidade de justificação frente à sociedade, afirmando que “[a]lguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos”¹⁶⁷. Segundo ele, seria necessário levantar o véu desta certeza científica, que ocultaria os interesses do mercado. Seu voto, assim, vai no sentido de defender, sem dúvidas que “[...]a pesquisa em e com embriões humanos e consequente destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana”¹⁶⁸.

O Ministro toma por base as Ordenações Afonsina e Filipina, conjuntos de leis referentes ao direito civil, a segunda delas vigente até 1916 no Brasil, para dizer que, segundo a sua interpretação, no Brasil, o nascituro já tem a sua proteção garantida juridicamente. Pois,

potencial de desenvolvimento comprometido; iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado; v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005”

¹⁶⁵ “O fenômeno da "coisificação" das pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante político húngaro, que aprofundou o conceito de "reificação", segundo o qual as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias, num processo denominado de "alienação", em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma”

¹⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005. Pág 247

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 28/06/2017.

¹⁶⁷ *Idem op. cit.* Pág 317

¹⁶⁸ *Idem op. cit.* Pág 450

“[r]ealmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa”¹⁶⁹

Para ele, a dignidade humana é algo que preexiste ao nascimento, o que garante direitos ao nascituro. No entanto, argumenta que apenas “[...]o embrião [...] formado no ventre materno é pessoa”¹⁷⁰ que deve ter seus direitos protegidos pela Constituição. Defende então que

“[...]o útero é a morada da vida e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá e só lá a necessária estadia da vida anterior ao nascimento. Não há vida humana no óvulo fecundado fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de embrião”¹⁷¹

Eros Grau, de maneira similar aos pronunciamentos de ministros anteriores ao seu voto, caracteriza o útero como uma existência necessária para se determinar a potência da vida. Sendo assim, vota pela constitucionalidade da lei, com ressalvas para a sua aplicação¹⁷².

O Ministro Joaquim Barbosa defende que, conforme o debate e as falas anteriores a sua, nem mesmo a ciência conseguiria afirmar de forma inequívoca o momento em que se inicia a vida de forma biológica. Mas mesmo que houvesse esta definição, para ele, isto não resolveria o impasse apresentado à corte quanto às pesquisas com células-tronco embrionárias e que não seria papel desta determinar o momento da origem da vida.

A justificativa do Ministro defende que na sociedade brasileira há uma multiplicidade de credos e práticas religiosas que possuem o direito de ser respeitadas, desde que estas não firam outros direitos. Sua interpretação do princípio da dignidade

¹⁶⁹ *Idem op. cit.* Pág 319

¹⁷⁰ *Idem op. cit.* Pág 320

¹⁷¹ *Idem op. cit.* Pág 323

¹⁷² “[i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º]; [ii] a “fertilização in vitro” referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; [iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5o, caput será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas ; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.” pág 460

humana parte de uma definição de autonomia privada, norteadas por uma defesa do sujeito como auto-regulador e dotado de capacidade para decidir sobre si, se isto não incorrer em violação dos direitos de outros. Isso implica na conclusão de que

“os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.”¹⁷³

Sendo assim, ele vota pela improcedência da ação e defende que cabe aos comitês de ética a investigação sobre as formas como as pesquisas serão conduzidas.

O Ministro César Peluso começa seu discurso pontificando sobre o direito à vida e explica como no ordenamento jurídico brasileiro há diferentes interpretações e penas, decorrentes de contextos diversos, para ações que o ferem. Ou seja, “[o] bem jurídico atingido e seu valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os graus de desvalor normativo das condutas típicas”¹⁷⁴, como na tipificação dos crimes de homicídio e de aborto. Isso implicaria que este mesmo bem jurídico nem sempre seja valorado normativamente de forma proporcional, devido às diversidades a quem estão sujeitas e as necessidades materiais de concretização dos princípios de justiça. Portanto, a forma como o ordenamento lida com o direito à vida é relativa ao contexto.

No caso da pesquisa com células-tronco, para ele, equiparar a manipulação deste material genético ao caso do aborto, seria coisa “[a]rtificial, forçosa”¹⁷⁵, visto que o necessário para o aborto é a gravidez, sendo esta a circunstância/condição elementar do tipo penal. Portanto,

“[...]a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição sine qua non de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como processo ou projeto. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado pela participação do útero ou, antes, de todo o corpo feminino”¹⁷⁶

¹⁷³ *Idem op. cit.* Pág 334

¹⁷⁴ *Idem op. cit.* Pág 480

¹⁷⁵ *Idem op. cit.* Pág 349

¹⁷⁶ *Idem op. cit.* Pág 370

Logo, os embriões utilizados em pesquisa não conteriam a potência de vida, não seriam moralmente equiparados aos fixados ao útero e não teriam portanto o direito à vida, pois, "[a]té que seja implantado, carece o embrião extracorpóreo do impulso que, brotando apenas da conjugação das forças acolhedoras do ventre feminino, lhe reinfunde o sopro que perfaz a vida"¹⁷⁷. Assim, ele julga como improcedente a ação.

O Ministro Marco Aurélio enfatiza como as decisões proferidas naquela arena devem ser pautadas por uma razão técnico-jurídica à parte das paixões. Isso, porém, não o impede de ir buscar exemplos discursivos na doutrina católica sobre como em diversos momentos esta adotou punições diferentes para os crimes de aborto variando de acordo com a conjunção. Mesmo dentro desta doutrina as penas e o posicionamento variaram em diversos momentos da história, como por exemplo

“[...]nos escritos de Santo Agostinho, [n]a visão de que poderes humanos não podem determinar o ponto, durante o desenvolvimento do feto, em que a mudança crítica ocorre, ou seja, o feto adquire a alma.”¹⁷⁸

Outra situação paradigmática levantada pelo ministro é o precedente americano *Roe v. Wade*, que decidiu pela priorização da saúde da mulher antes do período de três meses de gestação, que seria o prazo a partir do qual o feto teria a capacidade de sobreviver fora do útero e, portanto, seria reconhecido como uma vida em potência. Importante notar que neste contexto não houve necessidade de se debater sobre o direito à vida das células-tronco, porque com a legalização do aborto feita de forma ulterior coube apenas a suprema corte debater sobre a regulamentação das pesquisas.

A prática recorrente no campo da inseminação artificial é a da fecundação de uma quantidade expressiva de óvulos, caso haja a necessidade de se realizar mais de uma implantação uterina. Isso acaba gerando o descarte do material não utilizado após o êxito do procedimento, não havendo, desta forma, a possibilidade destes embriões se desenvolverem em fetos. É sobre este material genético – que segundo o ministro, não tem a possibilidade de se desenvolver em feto – que versa a lei. Para ele, para além da fecundação, a potencialidade de vida pressupõe a gestação, que inclusive não pode ser assegurada biologicamente, por diversos motivos, mesmo dentro do útero materno. Logo,

¹⁷⁷ *Idem op. cit.* Pág 372

¹⁷⁸ *Idem op. cit.* Pág 410

“[a] personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez”¹⁷⁹.

Para o ministro, a criminalização do aborto impõe às mulheres a gestação de filhos contra a sua vontade, mesmo que concebidos em processos naturais, e que determinar os embriões criados artificialmente o caráter de nascituro, de conter a potencialidade de vir a ser um feto, implicaria no mesmo para os doadores dos óvulos e espermatozóides. Para ele,

“[c]aminhar em tal sentido - isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação - é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição.”¹⁸⁰

Mesmo indicando esta discussão, sobre a obrigatoriedade normativa imposta às mulheres de gerarem algo contra a sua vontade individual, ele alega que isto seria tratado em outro debate constitucional e que matéria versaria sobre a utilização deste material genético que não teria outro destino que não o descarte. Portanto, o ministro vota improcedente a ação em prol do “[...]destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem - e devem ser - aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade”.¹⁸¹

O Ministro Celso de Mello fundamenta seu voto em uma defesa da laicidade e na utilização por parte do tribunal de razões não religiosas para a fundamentação da sua decisão. Por mais que, para ele, a agitação de diversos setores organizados seja um sintoma desejável de um regime democrático constitucional em que a liberdade de religião, uma das representações do exercício da liberdade de expressão, seja respeitada dentro do pluralismo daquele estado, frente às pressões exercidas por estes setores em torno do tema, o ministro enfatiza a necessidade desse posicionamento não-religioso por parte do tribunal.

O Ministro em seu discurso elenca a multiplicidade de correntes e justificativas na discussão sobre o início da vida, lembrando como isso não é consenso entre correntes orientadas nem por um discurso biológico, filosófico ou teológico. As divergências em determinar este momento devem ser resolvidas por aquela corte, pautada em um posicionamento destituído de uma concepção confessional, por aquela que melhor atender

¹⁷⁹ *Idem op. cit.* Pág 413

¹⁸⁰ *Idem op. cit.* Pág 414

¹⁸¹ *Idem op. cit.* Pág 414

os interesses públicos, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste dilema, ele portanto opta por determinar um período temporal marcado pelo não início da formação do sistema nervoso central como condição para a utilização dos embriões na pesquisa.

Em sua argumentação ele considera importante marcar como nas movimentações em torno da constituinte de 1988 foi feito um esforço de não marcar o texto constitucional com o princípio da inviolabilidade da vida humana desde a sua concepção e forma rejeitados nas sessões todos os trechos que caminhavam neste sentido. Além do mais, ele cita uma série de acordos internacionais de que o Brasil é signatário que não interpretam este princípio da dignidade da vida humana a partir deste momento da concepção. Portanto,

“[c]omo largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput") , embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão”¹⁸²

Desta forma, ele vota a ação como improcedente.

O último a emitir o seu voto é o presidente Ministro Gilmar Mendes. Ele exalta o caráter contramajoritário do tribunal na decisão sobre questões que causam comoção no espaço público com defesas efusivas em sentidos incompatíveis.

“[...] Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos”¹⁸³

O papel das Cortes, ao seu ver, ao decidir sobre a constitucionalidade destas questões presentes no debate contemporâneo tem sido central do ponto de vista institucional e democrático. Como forma de exemplificar o seu argumento ele evoca o caso *Roe v. Wade* e, sobre ele, as posições de Ronald Dworkin(2009), anteriormente apresentadas neste trabalho. O debate americano, mesmo com as críticas recebidas quanto ao posicionamento moral dos juízes frente ao tema e sobre a suposta influência destas razões privadas nas

¹⁸² *Idem op. cit.* Pág 82

¹⁸³ *Idem op. cit.* Pág 464

decisão, teria tornado “[...]os Estados Unidos [...] uma sociedade mais justa do que teria sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias”¹⁸⁴. Para ele, Gilmar Mendes, este julgamento, com as audiências públicas que o antecederam, seria a caracterização daquele espaço como um domínio aberto ao povo e seu pluralismo, de forma análoga ao parlamento, prova da legitimidade democrática daquela decisão.

Para o Ministro, independente de se determinar quando a vida se inicia, este organismo (o feto) necessita de proteção jurídica, e que para isto não é necessário reconhecer-lhe como um sujeito de direitos. O ponto para ele é:

“[...]a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever”¹⁸⁵.

Neste sentido, ele vota pela improcedência da ação, com ressalvas¹⁸⁶.

O Supremo Tribunal Federal, decidiu por uma maioria dos votos, nos quais os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, diferiram dos termos do voto do relator e desta maioria, em diferentes graus. O direito à vida, dentro do que foi debatido, passa a ser interpretado de forma não absoluta. Ao que tange a interrupção voluntária da gravidez, há um esforço dos ministros em descaracterizar a pesquisa em relação ao tipo penal do aborto, colocando o útero como condição necessária para uma discussão sobre a potencialidade e desenvolvimento da vida do embrião.

¹⁸⁴ *Idem op. cit.* Pág 465

¹⁸⁵ *Idem op. cit.* Pág 469

¹⁸⁶ “Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.”

III.b ADPF 54: Interrupção da gravidez de feto anencéfalo

A CNTS, representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, que anos mais tarde será nomeado Ministro, deu entrada na ação de descumprimento do preceito fundamental 54, indicando os seguintes preceitos:

“dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, cabeça, e 196 – direito à saúde –, todos da Carta da República e, como ato do Poder Público, causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.”¹⁸⁷

A alegação era pautada na afirmação de que os fetos anencéfalos não possuem viabilidade fora do útero, não caracterizando uma vida em potencial, e que, portanto, juízes e tribunais, a partir do código penal, estavam descumprindo o que a Constituição traz em seu textos nas passagens acima citadas com a proibição de antecipar o parto nestes casos.

Os juízes, por uma maioria, como podemos ver na tabela 2, votaram pela conformidade da ação impetrada, da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas seguindo o relator. Para eles, “[m]ostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”¹⁸⁸. Os pontos principais apresentados e destacados abaixo nos votos, como se vê no próprio relatório do processo, serão: Estado/tribunal e a laicidade; Feto anencéfalo, interrupção da gravidez, a figura normativa da mulher, liberdade sexual e reprodutiva, saúde, dignidade; autodeterminação; direitos fundamentais.

VOTOS ¹⁸⁹										
Carlos Ayres Britto	Rosa Weber		Cármén Lúcia	Ricardo Lewandowski	Luis Fux	Joaquim Barbosa	Cezar Peluso	Marco Aurélio (Relator)	Gilmar Mendes	Celso de Mello

¹⁸⁷ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal de Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 28/06/2017.

¹⁸⁸ Idem Ibidem

¹⁸⁹ Legenda - Usando o voto vista como parâmetro:

"*Sim = improcedente a ação

Não = procedente a ação"

SIM	SIM		SIM	NÃO	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM
-----	-----	--	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

tabela 2

O Ministro e Relator Marco Aurélio apresenta o relatório sobre o andamento do processo até aquele momento, no qual compareceram não somente as entidades que eram requerentes do processo mas também *amicus curiae*, a seu convite:

"Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis"¹⁹⁰

Dentro das razões privadas que cada uma defendia, as partes argumentaram quanto às consequências da manutenção e interrupção da gravidez em caso de atestamento por um médico profissional competente do caso de anencefalia. Importante notar que a análise dos posicionamentos dessas organizações da sociedade civil não é objeto do presente trabalho, mas sim somente a análise dos votos dos ministros do STF no julgamento em questão. Daremos então continuidade apresentando em cada voto os aspectos relevantes para nossa argumentação.

O ministro Marco Aurélio Mello caracteriza o impacto presente do debate na sociedade civil apresentando os seguintes dados: o registro, até 2005, de em torno de três mil autorizações para a prática do aborto em casos onde se previa não-sobrevivência do feto após o parto; e o fato de a posição, segundo os últimos dados publicados em 1998, de quarto lugar num ranking mundial de países com maior incidência de fetos anencéfalos ser ocupada pelo Brasil (um a cada mil nascimentos, resultando em média em um parto de anencéfalo a cada três horas)¹⁹¹. Avalia, assim, que a questão em discussão é de suma importância e uma das mais importantes analisadas pelo STF, e entende que devido a essa

¹⁹⁰ *Idem op. cit.* Pág 19

¹⁹¹ *Idem op. cit.* Pág 32

importância o debate é inevitavelmente tomado com intensidade por toda as partes, sociedade, Poder Judiciário e as demais partes envolvidas.

A defesa da laicidade do Estado é um ponto importante da argumentação do ministro. Sua fala destaca um princípio de reciprocidade no respeito aos limites de jurisdição tanto por parte do Estado (tomado como esfera pública) quanto por parte da Igreja (tomada como esfera privada): o Estado não determina o caminho da fé (especialmente evitando o papel de censor) somente na medida em que a fé não determina o caminho do Estado, e a recíproca é verdadeira. Essa circularidade na demarcação de áreas de atuação visa a garantia inequívoca para o cidadão do

"[...]direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução."¹⁹²

A questão de saber se pode tratar-se de algum tipo de interrupção da vida no caso do aborto de anencéfalo é colocada de forma categórica pelo ministro através de longa argumentação, apresentando análises médicas¹⁹³. Ele avança assim o argumento de que no caso de anencéfalo não se trata de fato de um aborto de um ser que poderia viver. O anencéfalo já está morto no momento em que constata-se que o diagnóstico está correto. Sendo assim, ele ressalta o despropósito de caracterizar a discussão como sobre a descriminalização do aborto, já que trata-se na verdade de uma discussão sobre antecipação terapêutica do parto.

O ministro afirma estar o ônus da justificativa do lado da demanda por proibição, já que, diferentemente de questionar se há justificativa para encerrar uma vida através de procedimento médico, neste caso há que se questionar "se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto"¹⁹⁴. O caso do anencéfalo, assim, não pode estar sob a tutela do tipo penal que defende a vida.

Porém, antecipando as objeções dos que ainda insistam no direito deste feto à vida, o ministro lembra o funcionamento não-absoluto da avaliação por parte da lei dos direitos específicos à vida por parte de pessoas mais ou menos desenvolvidas.

¹⁹² *Idem op. cit.* Pág 42

¹⁹³ *Idem op. cit.* Págs 46-52

¹⁹⁴ *Idem op. cit.* Pág 33

"[B]asta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento [do ser vivo]."¹⁹⁵

Ele segue descrevendo como, não obstante sua discordância em relação à suposição de existência de um direito à vida por parte do anencéfalo, é necessário que esse possível, embora segundo ele equivocado, direito à vida seja de menor grau do que o direito da mãe à própria vida e do que o direitos de fetos com presença de massa cefálica em geral. O direito à vida, aqui interpretado de forma não-absoluta (como em outros momentos aqui já apresentados), deve ser reenfocado no caso como o direito da mulher à própria vida.

"A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres."¹⁹⁶

Trata-se, segundo o ministro, de forçar a mulher a um "sacrifício desarrazoado"¹⁹⁷, causando violação de princípios básicos como a liberdade e a autonomia da vontade da mulher, e chegando ao extremo de impor risco a sua vida sem benefício a nenhuma outra. Tal tratamento veria a mulher como objeto e não como sujeito autônomo e com fim em si mesmo.

Os avanços da ciência determinam também, no voto do ministro, o motivo de uma mudança de foco. Em 1940, no momento da promulgação da lei até hoje vigente, não havia ainda tecnologia para a detecção de gravidez de anencéfalo. Faz-se necessário, então, atualizar a compreensão atual à possibilidade atual de entendimento real da situação, avaliando que o substrato conceitual da lei de 1940, ainda que buscasse – e assim lhe parece – preservar a dignidade do máximo de seres vivos possível e tivesse em conta certa forma de autonomia da mulher, não tinha certas condições objetivas que possibilitariam a não-proibição em caso de anencéfalo.

¹⁹⁵ *Idem op. cit.* Pág 59

¹⁹⁶ *Idem op. cit.* Pág 68

¹⁹⁷ *Idem op. cit.* Pág 68

Portanto, já que "[c]ompete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero"¹⁹⁸, o ministro julga procedente a arguição.

A ministra Rosa Weber inicia seu voto resumindo os argumentos colocados pelo ministro Marco Aurélio, e em seguida descreve o motivo de o problema discutido ser tão sensível como sendo o de tanger convicções de base. Mostra que há casos na literatura médica de sobrevivência do anencéfalo por certo período de tempo, mas nota que isso levanta o problema jurídico quanto ao status desse ser sobrevivente. Descreve, a partir daí, alguns problemas envolvidos na tentativa de definir quais são os sinais vitais relevantes para se considerar um ser humano como possuidor de direitos. De qualquer forma, ressalta que o nascimento com vida é necessário à aquisição de personalidade civil.

Retoma, em seguida, o ponto anteriormente decidido na ADI 3.510., a saber, o entendimento pelo tribunal de que o embrião fecundado in vitro não é um ser vivo no sentido do artigo 5º da Constituição por não ter a possibilidade de se desenvolver com capacidades humanas. Não adentrando o terreno do Direito por não ter personalidade civil, o embrião in vitro não tem direito à vida (já não mais configurada como simplesmente um fato); assim se passa igualmente com o feto anencéfalo segundo o voto da ministra¹⁹⁹.

Afirma, também, que a garantia da liberdade do indivíduo passa por uma contenção da agência do Estado sobre sua vida privada (vida cuja racionalização e decorrente controle são consolidados no Direito Civil) através de recurso à Constituição, característica do Estado Moderno.

O papel de uma corte constitucional numa controvérsia como a analisada, diz a ministra, é o de operar controle constitucional sobre as leis redigidas pelo Poder Legislativo, e não somente o de subsumir o fato à lei. Continua, no entanto, por mostrar como a lei de 1940 referente ao caso priorizava por si própria a proteção da mulher em detrimento, se necessário, da proteção do feto. Ela conclui, assim, por julgar procedente a ADPF 54.

¹⁹⁸ *Idem op. cit.* Pág 68

¹⁹⁹ *Idem op. cit.* Pág 110

O Ministro Joaquim Barbosa faz um voto breve, antecipado, constando de dois pontos: o primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação; o segundo se refere aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

O discurso frisa que não se trata de discussão sobre a "[...] ampla possibilidade de se interromper a gestação"²⁰⁰, mas sim de quando o feto, podendo ainda ser considerado biologicamente vivo, já é considerado juridicamente morto (pelas mesmas razões expostas pelos outros ministros).

Barbosa diz, em seguida, que "[...] vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva". Assim, o custo social e econômico da interferência do Direito Penal na vida conduta pessoal da gestante, nesse caso, é considerado pelo ministro como inadequado. Os impactos de uma decisão como essa impingidos à autonomia da mulher são relevantes também nesse cálculo:

"A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo"²⁰¹.

Vota, desta forma, pela procedência da arguição.

O ministro Luis Flux inicia o voto agradecendo a Deus pela possibilidade de fazê-lo naquele momento e avança o ponto de uma injustiça existente tanto na interrupção prematura de uma vida, no caso, do feto anencéfalo ainda em gestação, quanto na situação em que se encarcere uma mãe que acaba de enterrar seu filho – filho que morreria de toda forma, ainda que contra a vontade da mãe.

Versa, em seguida, sobre a posição do tema em relação à situação social real da mulher, considerando "inequívoco [...]" que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos [seja] matéria de saúde pública, que aflige, em sua maioria, as mulheres [...] que compõem

²⁰⁰ *Idem op. cit.* Pág 147

²⁰¹ *Idem op. cit.* Pág 135

a parcela menos abastada da população"²⁰². Conclui seu voto considerando procedente a ADPF 54.

A ministra Carmen Lúcia, em seu voto, insiste que não se deve caracterizar o debate como uma busca por uma opção sem ônus para os indivíduos envolvidos; trata-se de escolha sobre

"[...]qual a menor dor [...] porque a dor do viver já aconteceu, a dor do morrer também. [...] [A dor] só faz a escolha possível nesse sentido. E é exatamente para preservar a dignidade da vida, que é o que a Constituição assegura como princípio fundamental do constitucionalismo contemporâneo"²⁰³

Com base nisso, pode afirmar que "[...]exatamente fundad[a] na dignidade da vida é que neste caso essa interrupção não é criminalizável"²⁰⁴.

A ministra trata ainda das consequências psíquicas para a mulher no caso do impedimento do aborto: "[...] o medo do que vai acontecer, o medo de que lhe pode ser acometido, o medo físico, o medo psíquico e o medo, ainda, de vir a ser punida penalmente por uma conduta que ela venha a adotar"²⁰⁵. Lembra, ainda, de um relato de uma mulher numa das cartas que recebeu, contando que

"[...] durante os cinco meses de gravidez, depois de ter descoberto a anencefalia do seu feto, não saía mais porque em toda fila, de banco, de mercado, perguntavam a ela quando ia nascer, qual era o nome, o que ela pensava para o filho, e que ela não podia responder; portanto, ela passou cinco meses dentro de casa se escondendo por vergonha de não ter escolhas, numa sociedade que se diz democrática, com possibilidade de garantir a liberdade para todos."²⁰⁶

Carmen Lúcia considera, então, que o termo "aborto" gera, por sua carga semântica forte, certa confusão neste debate e que trata-se antes da

"[...]possibilidade legal de optarem as gestantes pela interrupção de gravidez de feto anencéfalo, assim diagnosticado por médico habilitado, sem incorrer em crime ou ter de se submeter a penalidades juridicamente impostas."²⁰⁷

²⁰² *Idem op. cit.* Pág 170

²⁰³ *Idem op. cit.* Pág 174

²⁰⁴ *Idem op. cit.* Pág 175

²⁰⁵ *Idem op. cit.* Pág 176

²⁰⁶ *Idem ibidem*

²⁰⁷ *Idem op. cit.* Pág 181

A ministra traz algumas posições de "Uma Teoria da Justiça" de Rawls para o debate, ponderando sobre de que modo pode-se avaliar a consciência de uma opinião pessoal – de si ou de outrem – acerca de tema controverso (como o caso em questão). Os limites da boa orientação de uma opinião pessoal residem, segundo Rawls (2011), em sua adequação unicamente aos pressupostos comumente acordados entre dois indivíduos que, no mais, podem discordar em todo o resto. Nesse sentido, não é importante respeitar a consciência de um indivíduo a respeito de um tema, mas sim observar os termos comuns do debate a fim de respeitá-lo "como pessoa, e o fazemos limitando suas ações, quando tal se mostrar necessário, apenas da forma permitida pelos princípios que ambos reconheceríamos"²⁰⁸. Assim, para ela, a atribuição do Poder Judiciário na questão não é a de

"criar norma jurídica, que não é sua atribuição. Foi acionado para declarar se o ato da gestante ou da equipe médica optar pela interrupção da gravidez de feto anencéfalo afrontaria preceitos constitucionais fundamentais ou se estaria tal prática enquadrada nas normas proibitivas dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal."²⁰⁹

Sua argumentação aponta que a construção do Estado Democrático de Direito depende do respeito à liberdade através da garantia de aceitar-se a escolha, seja da gestante ou de ambos os pais, sobre continuar ou não uma gravidez como essa, pois segundo ela "esse é o exercício constitucional dos direitos humanos". Trata-se essencialmente de garantir a

"[...]efetividade dos direitos fundamentais, para tanto interpretando-se as normas legais em harmonia com os princípios constitucionais, mas garantindo-se a sua eficácia. Desconhecer os princípios na interpretação constitucional conduz a trilhas equivocadas, até mesmo porque é a atualização permanente dos conteúdos dos princípios que mantém vivo o sistema de Direito de um povo."²¹⁰

A ministra Carmen Lúcia vota, assim, como procedente a ADPF, e conclui afirmando que

²⁰⁸ Rawls (2011), Pág 576-577

²⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal de Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012. Pág 180
Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 28/06/2017.

²¹⁰ *Idem op. cit.* Pág 183

“[o] ser humano não é apenas corpo, menos ainda uma de suas partes. É um todo complexo. Quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado. Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental garantir à gestante, devidamente esclarecida e informada, o direito de manter ou interromper a gravidez de feto anencéfalo”²¹¹.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski, considerando o aborto de anencéfalo como caso de aborto eugênico²¹², evoca a separação dos Poderes e a legitimidade e soberania do Congresso nacional, eleito democraticamente, para representar e interpretar a vontade do povo para argumentar que, se fosse pertinente realizar mudanças na lei de 1940, isso ao Congresso caberia. A não-alteração da lei até a data da discussão já é por si só, segundo Lewandowski, o sinal necessário para, primeiramente, interpretar o pedido como um excesso, e em seguida votar improcedente a ADPF.

O ministro Ayres Britto inicia sua exposição convocando ao "reconhecimento da autonomia de vontade da mulher gestante" para se observar que ela "possa decidir sobre a interrupção de sua gestação, [...] pela antecipada certeza da frustração do processo em que ela própria [...] consiste"²¹³ e que exatamente esse quadro – da certeza antecipada – implica em que esta ação não caracterize aborto.

Segue com a afirmação de que lhe "[p]arece que o próprio Código Penal padece de um deficit de logicidade, de uma insuficiência conceitual: não define quando se inicia a vida humana. A Constituição também não"²¹⁴. Poder-se-ia estabelecer uma norma objetiva sobre quando a vida humana se inicia mas mesmo a tentativa realizada de fazê-lo na Assembléia Nacional Constituinte fracassou. Segundo o ministro, trata-se de de algo estranho criminalizar o aborto, a interrupção de uma gravidez humana, sem a definição de quando começa, de quando se inicia essa vida humana. Ele sustenta, no entanto, a posição de que, embora toda vida humana se inicie pela fecundação do zigoto, "[...] não é possível confundir embrião de vida humana com vida humana embrionária. O zigoto ainda não é

²¹¹ *Idem op. cit.* Pág 236

²¹² *Idem op. cit.* Pág 241

²¹³ *Idem op. cit.* Pág 254

²¹⁴ *Idem op. cit.* Pág 258

uma vida humana embrionária"²¹⁵. O processo biológico que o transforma em uma pessoa depende do útero e da mulher, já que "o embrião, cientificamente, não é autoconstitutivo". Diz, ainda, que "[...]a mulher se assemelha, para quem acredita em Deus, ao próprio Deus, porque somente ela pode gerar dentro de si uma criatura verdadeiramente humana."²¹⁶

Para ele, a proibição da interrupção da gravidez neste caso

"[...]corresponde à tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir; o martírio é voluntário. Quem quiser assumir sua gravidez até às últimas consequências, mesmo sabendo portador de um feto anencéfalo, que o faça. Ninguém está proibindo."²¹⁷

Encerra frisando que, se considerada a ADPF 54 como procedente, ainda assim não trata-se de tornar a interrupção em caso de anencéfalo numa norma; mas sim, somente, de não forçar à continuidade uma gravidez que está fadada ao fracasso. Julga, com isso, procedente a ADPF.

O ministro Gilmar Mendes inicia seu voto destacando a adequação de o tribunal se dispor a escutar diversos setores da sociedade, instituições religiosas inclusive, pois, argumenta, mesmo nesses casos as razões também são em parte públicas.

A configuração dessa jurisprudência sugere "[...]um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional"²¹⁸, afim de aumentar a pluralidade das forças e opiniões em jogo em cada debate que concerne a todos os membros da sociedade, mesmo os membros não diretamente interessados.

Argumenta também que, no tocante "[...]à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa"²¹⁹, o tribunal não pode se eximir de seu exercício alegando não dispor de recursos suficientes para a investigação, sob pena de ser omissos.

O ministro Celso de Mello argumenta que

"[a] irrecusável magnitude do direito à vida e a discussão em torno de sua titularidade, notadamente se considerada, quanto a esta, a perspectiva enfatizada pelo eminente Procurador-Geral da República, impõem o

²¹⁵ *Idem ibidem*

²¹⁶ *Idem op. cit.* Pág 259

²¹⁷ *Idem op. cit.* Pág 265

²¹⁸ *Idem op. cit.* Pág 273

²¹⁹ *Idem op. cit.* Pág 275

confronto de tais valores com aqueles que se fundam nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, ainda mais se se tiver presente, sob tal aspecto, que esses direitos - entre os quais se acham o de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro ("safe abortion"), o de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, sobre questões atinentes à sua sexualidade - representam projeção expressiva dos direitos humanos reconhecidos, às mulheres, pelas sucessivas Conferências internacionais promovidas pela ONU na década de 90"²²⁰

Para ele, os avanços alcançados pelo feminismo na história recente no mundo todo e especialmente no Brasil após os anos 60, através de mudanças profundas em instituições sociais que antes "[...]que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência de natureza ideológica, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente"²²¹, se consolidaram em direitos legítimos e no estabelecimento de novos paradigmas culturais, a saber, os que reconhecem, fundados na igualdade entre os gêneros, a posse dos direitos básicos fundamentais pelas mulheres. Enquanto, tanto com caráter teológico como com caráter político, era negada à mulher "[...]a possibilidade de protagonizar, como ator relevante, e fora do espaço doméstico, os papéis que, até então, lhe haviam sido recusados"²²², marcos importantes como a

"[...]Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos promovida pela Organização das Nações Unidas (1993), na passagem em que esse instrumento, ao reconhecer que os direitos das mulheres, além de inalienáveis, 'constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais', [deram] expressão prioritária à 'plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional'"²²³

Avança, em seguida, o argumento de que, exatamente no que toca respeitar a "sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida [...] 'o valor incomparável da pessoa humana' representará, sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais."²²⁴ E o instrumento para concretizar estes ordenamentos é o Poder Judiciário, atuando como "[...]instrumento da Constituição [...] na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade

²²⁰ *Idem op. cit.* Pág 317

²²¹ *Idem op. cit.* Pág 319

²²² *Idem ibidem*

²²³ *Idem op. cit.* Pág 320

²²⁴ *Idem op. cit.* Pág 326

aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte"²²⁵. Segundo ele, "[o] respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana"²²⁶

Sobre a laicidade do Estado, ele lembra que interesses confessionais são vetados nessa esfera, e o interesse defendido é o da indiferença em relação ao conteúdo específico de uma ou outra crença, visando inclusive evitar sua interferência em qualquer uma delas, evitar a ação de seu poder censório "[...]sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral"²²⁷.

Lembra, em seguida, do papel contramajoritário da corte constitucional, que evita

"[...]a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito."²²⁸

Sendo assim, vota, conforme aos artigos 124, 126, "caput" e 128, incisos I e II, pela declaração de inconstitucionalidade

"[...]com eficácia 'erga omnes' e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico, desde que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado."²²⁹

O ministro Cezar Peluso inicia seu voto argumentando quanto a uma diferença fundamental entre a ADI referente à pesquisas com células-tronco – segundo ele um assunto que não toca no desenvolvimento de uma vida humana – e a presente ADPF. Os corpos produzidos na pesquisa in vitro, os "embriões congelados", não têm de fato "capacidade de movimento autógeno" – qualidade essencial da vida, segundo ele –,

²²⁵ *Idem op. cit.* Pág 328

²²⁶ *Idem ibidem*

²²⁷ *Idem op. cit.* Pág 337

²²⁸ *Idem op. cit.* Pág 360

²²⁹ *Idem op. cit.* Pág 365

enquanto que o feto anencéfalo poderia vir a ter esta "[...]unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana."²³⁰

Elenca, em seguida, o que considera uma série de razões pelas quais ambas as ações (e, portanto, a posição adequada frente ao problema) diferem em essência: 1. O anencéfalo não seria um caso de morte encefálica, pois ele pode vir a respirar espontaneamente; 2. Não há resultados claros na inquirição da audiência pública quanto à ausência de atividade cerebral no anencéfalo; 3. A anencefalia corresponde de fato à ausência de somente uma parte do cérebro e não – segundo uma "falsa ideia" – do todo; 4. a morte encefálica é fim do ciclo vital, enquanto a anencefalia integra "[...]ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que chamamos vida"²³¹. Por isso, não seria legítimo antecipar a morte do feto para fins de transplante; 5. Levando em conta que "[...]"ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar vida alheia"²³², a morte encefálica não é, segundo o ministro, aplicável na justificação do uso de órgãos para transplante, por não ser "[...]conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação factual, nem isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico"²³³.

Expõe em seguida que considera inadequado o recurso à autonomia e liberdade individual da mulher no debate, pois "[n]ão há como nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, de resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime"²³⁴, no caso, o crime de aborto. Segundo ele, "[a]rgumentação análoga à da autora [da ADPF] poderia [...] ser empregada, com ligeiras adaptações, [à] defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos"²³⁵

Trata-se aqui, segundo ele, de reconhecer no anencéfalo "capacidade jurídica passiva que, ainda no seio materno, o ordenamento lhe reconhece como sujeito de direito, enquanto portador de vida.

Ele levanta ainda que

²³⁰ *Idem op. cit.* Pág 377

²³¹ *Idem op. cit.* Pág 381

²³² *Idem ibidem*

²³³ *Idem ibidem*

²³⁴ *Idem op. cit.* Pág 383

²³⁵ *Idem op. cit.* Pág 387

"[a] questão, porém, é saber se, do estrito ponto de vista jurídico-constitucional [...] essa carga compreensível de sofrimento ou dor, refletida na saúde física, mental e social da mulher, associada à liberdade de escolha, comporia razão convincente para autorizar a aniquilação do feto anencéfalo"²³⁶

– ao que ele responde considerar que não. Portanto, inadequado, "à moda de revogação, ou abolitio criminis, excluir a incidência e a aplicação de normas penais cogentes, impessoais e plenamente afinadas com a Constituição da República"²³⁷.

Peluso considera que se trata de fruto de egoísmo apoiar-se nas ideias de liberdade pessoal quando trata-se de um crime e na ideia de tortura quando não há um responsável intencional pelo sofrimento "enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia, sobrepondo ao sentido ético de respeito, que o pacto pressuposto instaurador da civilização e da cultura consagrou à vida"²³⁸.

A hipótese legal referida, a de não-proibição do aborto em caso de anencéfalo, não poderia ser criada, portanto. O STF não poderia responsabilizar a si e nem à ADPF pela

"[...]inovação normativa que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo"²³⁹

O ministro julga, assim, totalmente improcedente a ADPF 54.

III.c HC 124.306: Interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre

O Habeas Corpus 124.306 julgado pela primeira turma do STF, que teve o ministro Luís Roberto Barroso como presidente da seção e o ministro Marco Aurélio como relator, foi uma decisão tomada por unanimidade mas com divergências em alguns aspectos. Versou sobre uma prisão preventiva com suposta ausência de requisitos para a sua

²³⁶ *Idem op. cit.* Pág 403

²³⁷ *Idem op. cit.* Pág 405

²³⁸ *Idem op. cit.* Pág 406

²³⁹ *Idem op. cit.* Pág 413

decretação, razão pela qual teria sido irregular – argumentava a defesa. A forma como Barroso organiza seu voto, contudo, enfoca a “Violação ao princípio da proporcionalidade” e, pela primeira vez, a “Violação a direitos fundamentais das mulheres” por conta da criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação. Como vemos na tabela 3, os ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam Barroso em seu voto-vista; já Luís Fux e Marco Aurélio votaram em favor do HC mas não se pronunciaram sobre a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre. Portanto, seus votos não serão abordados neste texto.

VOTOS ²⁴⁰										
Luís Roberto Barroso	Rosa Weber				Luis Fux	Luiz Edson Fachin		Marco Aurélio		
SIM	SIM				SIM	SIM		SIM	-	

O ministro Luís Roberto Barroso começa seu voto-vista dizendo como os réus não preenchem os requisitos necessários, nos termos do art. 312 do CPP, para ter sua prisão preventiva decretada, pois

“(i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho e residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Aplicável, portanto, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais”²⁴¹

Além do mais, a prisão estaria pautada numa alegação de gravidade abstrata do delito e em indicação de que os réus poderiam evadir, coisa que não teria embasamento já que eles sequer resistiram à prisão, segundo o ministro. Outro ponto é o de tratar-se de aborto com consentimento da mulher, visto que eles foram presos por manterem uma clínica de aborto, sobre cuja constitucionalidade Barroso discorre. Dos dois pontos desenvolvidos pelo ministro, (I) irregularidade da prisão preventiva e (II) caso do aborto consentido até o

²⁴⁰ Legenda : Usando o voto do relator como parâmetro:

"*Sim = improcedente a ação direta

Não = procedente a ação direta"

²⁴¹ RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 124.306. Relator Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Pág 12.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 28/06/2017.

terceiro mês de gestação, abordaremos nesta análise apenas o segundo, por ser concernente à presente pesquisa.

Aqui, trabalha-se a hipótese de o enquadramento criminal do aborto até o terceiro mês de gestação ser considerado inconstitucional, partindo da premissa de que esta proibição viola uma série de direitos fundamentais das mulheres em detrimento do direito à vida em potência do feto, e os artigos 124 a 126 lesam o princípio da proporcionalidade. Veremos como ele defende estes argumentos.

Os direitos fundamentais historicamente foram resultantes de conflitos entre indivíduos frente ao poder e representam a dignidade humana incorporada ao ordenamento, como uma salvaguarda mínima de justiça a cada indivíduo. Eles se relacionam a todos os poderes, servem como um limite para estes, seja no legislativo ou judiciário, devido ao seu caráter de proteção do indivíduo frente às majorias políticas, o que não quer dizer que não seja conciliável com estas. Para o Ministro Barroso, esses direitos, após a última guerra mundial, foram interpretados e incorporados em um sentido Kantiano segundo o qual

“[...]toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia”²⁴²

Devido a estas especificidades, estes direitos podem, como é o caso desta questão examinada, entrar em conflito entre si ou com fins outros do Estado. Portanto, cabe a essa Corte analisar e estabelecer “[...]a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa”²⁴³.

O Ministro Barroso elenca, como veremos abaixo, os direitos em questão e justifica em seu voto-vista sua interpretação do objeto:

a) Violação da autonomia da mulher

A Constituição Brasileira de 88, em seu artigo primeiro, protege o princípio da dignidade humana e a autodeterminação. Neste sentido, a autonomia das mulheres pertence ao núcleo das suas liberdades individuais e ao direito à privacidade, a viver e decidir moralmente sobre a própria vida e os seus princípios. A criminalização do aborto, assim, representa a

²⁴² *Idem op. cit.* Pág 14

²⁴³ *Idem ibidem*

imposição pelo Estado de uma decisão tomada em lugar das mulheres, nos primeiros meses de gestação, sobre o seu corpo, como se seu útero pertencesse à sociedade. Representa, assim, violação à sua autonomia.

b) Violação do direito à integridade física e psíquica

A Constituição Brasileira de 88, em seu artigo quinto, protege a integridade psicofísica, relacionando-se com o direito à saúde e à segurança, refere-se à proteção de mente e corpo dos indivíduos. No tocante ao caso, a imposição da continuidade de uma gravidez indesejada às mulheres lesa seu corpo, que sofrerá os processos relacionados a gravidez; e sua psique, pelo compromisso contrário a sua vontade e pelos conflitos internos que poderão surgir em relação a isso por toda a sua vida.

c) Violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

Os direitos sexuais e reprodutivos, após um longo debate e uma série de conferências internacionais sobre o tema²⁴⁴, foi reconhecido como um direito humano e necessário para a autodeterminação. Assim definidos na Conferência do Cairo (1994),

“§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”²⁴⁵.

A criminalização do aborto iria, conforme esses preceitos, de encontro ao direito de tomar decisões sobre a reprodução sem coerção, acarretando em violação aos direitos já descritos acima.

d) Violação da igualdade de gênero

As mulheres, responsáveis integrais pela gestação e desenvolvimento do feto pós-fecundação, encontram na esfera pública desigualdades históricas, sociais e econômicas em relação aos homens. Institucionalizações desta desigualdade vão de encontro ao princípio da igualdade, que veta a

²⁴⁴ Aqui ele cita: O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim.

²⁴⁵ *Idem op. cit.* Pág 19

“[...] hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença”²⁴⁶.

Um quadro em que as mulheres, responsáveis pela gestação, não tenham a possibilidade de autodeterminação para decidir sobre a continuidade desta vai de encontro a este princípio.

e) Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres:

O último ponto elencado pelo ministro refere-se à desproporcionalidade com que as mulheres pobres, não possuindo acesso a e condições financeiras de arcar com um aborto nas clínicas clandestinas mais estruturadas, acabam apelando com maior frequência a métodos e espaços menos seguros, colocando em risco a própria vida.

O ministro aponta com dados da Organização Mundial de Saúde que a criminalização do aborto não reduz o número destas práticas, ao contrário dos países que o descriminalizaram:

“a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres¹⁸. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014.”²⁴⁷

Esses dados demonstram claramente a ineficácia da prática de proteger o nascituro e a não-validade dos argumentos que com base nessa proteção justificam a proibição. O grau de proteção a vida do nascituro, que segundo o Ministro, deve ser adquirido de acordo com o processo de desenvolvimento da gravidez e aumento da vida fora do útero.

Barroso defende, em consonância com outras legislações, a possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação também com base num dado biológico:

“Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno”²⁴⁸

O ministro busca, desta forma, abordando tanto teorias normativas quanto aspectos do processo material da gestação, conciliar e garantir os direitos fundamentais da gestante e do nascituro.

²⁴⁶ *Idem ibidem*

²⁴⁷ *Idem op. cit.* Pág 22

²⁴⁸ *Idem op. cit.* Pág 27

O Ministro Edson Fachin apenas faz uma observação em seu voto com uma menção sobre a movimentação da Igreja Católica, na figura do Papa Francisco, que indica

“[...]a possibilidade de absolvição sinalizada pelo Pontífice jesuíta, que alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão”²⁴⁹

Sinaliza assim que, mesmo dentro desta que é a organização que mais tem se colocado no espaço público contrariamente à possibilidade do aborto, há uma movimentação para uma mudança de olhar sobre a temática.

A desqualificação do aborto como um crime, até o terceiro mês de gestação, para a Ministra Rosa Weber é condição para a interpretação proposta pelo Ministro Barroso da questão.

Para ela, a temática da interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês por parte das mulheres deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais vigentes, de modo a “[...]adotar uma postura de neutralidade quanto às questões de ética privada”²⁵⁰. Visto que, da sua perspectiva, os valores morais e éticos mobilizados em torno da temática, por mais caros e determinantes que sejam aos membros da sociedade civil, pertencem ao âmbito do privado, do pessoal. Esta ética privada, no entanto, em termos de responsabilidade comum, deve ser abdicada em nome da Razão Pública sobre a qual se fundamenta a legitimidade dos posicionamentos contramajoritários daquela corte.

Como foi demonstrado pelo Ministro Barroso, a tipificação penal do caso do aborto no primeiro trimestre seria desproporcional àquilo que é defendido constitucionalmente em termos de igualdade e direitos reprodutivos das mulheres. As questões jurídicas envolvidas no caso tratam da interpretação constitucional dos artigos 124, 125, 126, 127 e 218²⁵¹ do

²⁴⁹ *Idem op. cit.* Pág 30

²⁵⁰ *Idem op. cit.* Pág 33

²⁵¹ Artigo 124 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro; Artigo 125 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos; Artigo 126 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência; Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. De outro lado, o parâmetro normativo constitucional de controle da interpretação conforme consiste nos seguintes

nosso ordenamento jurídico. Do ponto de vista constitucional, trata-se de um conflito entre dois princípios básicos relativos à proibição: de um lado, o direito à vida, do ponto de vista da tutela do nascituro por parte do Estado; de outro, o direito das mulheres à autonomia, a garantia da igualdade entre os gêneros. Isso se relaciona a outros direitos, a saber:

- “a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo;
- b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral;
- c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher;
- d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina.
- e) privação arbitrária da vida - dignidade da pessoa humana;
- f) direito à igualdade na acepção substancial.”²⁵²

Após essa caracterização do embate, a ministra apresenta breve análise comparativa entre algumas decisões internacionais, sendo de especial interesse o caso *Roe v. Wade* (que foi analisado em outro ponto do presente trabalho). Ela faz recurso, também, a dados de pesquisas empíricas sobre o aborto, constatando as consequências negativas da existência de abortos clandestinos para os Estados que sustentam a proibição. Estas consequências são várias, como por exemplo o valor gasto em saúde pública no tratamento de mulheres submetidas aos procedimentos em clínicas clandestinas, necessitando de ulterior especial atenção no sistema público de saúde; e a elevação em números absolutos da quantidade de abortos clandestinos realizados em países em desenvolvimento nos quais não houve regulamentação.

Segundo a Ministra, nos países onde a regulamentação aconteceu, ela veio amparada por uma série de políticas públicas referentes à educação sexual visando desestimular e prevenir o aborto. Além disso, a construção de uma consciência em relação ao aborto passa pela configuração do espaço moral e privado de cada indivíduo. Apenas a descriminalização, realizada institucionalmente, por si só, não necessariamente resolverá

direitos fundamentais: a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo; b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral; c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher; d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina. e) privação arbitrária da vida - dignidade da pessoa humana; f) direito à igualdade na acepção substancial.

²⁵² RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 124.306. Relator Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016. Pág 35

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em 28/06/2017.

sozinha o problema de saúde pública apresentado. Levando em conta as decisões anteriores do STF, a ADI 3.510 e a ADPF 54, nas quais foi decidido pela interpretação do direito à vida de forma não absoluta do ponto de vista constitucional, a ministra Rosa Weber acompanha o ministro Barroso em seu voto. Tomando em parte como base também para a decisão o fato de que pode-se encontrar no código penal, como demonstrado, a prerrogativa de abortos cuja constitucionalidade nunca foi questionada, a Ministra interpreta, assim, que

“[...]a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre”²⁵³

Portanto, a conclusão a que chega o Ministro Luís Roberto Barroso – em que os outros dois ministros que se pronunciaram o acompanham – é a de que neste conflito de direitos fundamentais a criminalização seria uma violação constitucional além do aceitável dos direitos das mulheres.

III.d Comentários e considerações sobre as ações que tramitam no STF hoje

O levantamento empírico dos votos dos juízes nas ações referidas buscou demonstrar seus posicionamentos e visões, nesta corte superior, na interpretação constitucional sobre os direitos fundamentais das mulheres em relação ao direito à vida do feto.

Na primeira decisão, que tangia ao tema da interrupção voluntária da gravidez, vimos como o útero possui papel central e determinante na interpretação da potencialidade de vida, sendo levantado, inclusive, pelo ministro Marco Aurélio como esta centralidade poderia colocar as mulheres como incubadoras à serviço da sociedade. Já na ADPF, onde a interrupção da gravidez é de fato o tema, a mulher e seus direitos são colocados em discussão pela corte; a interrupção, neste caso com função terapêutica, é discutida e aprovada. O que nos traz ao julgamento do Habeas Corpus, que versa sobre uma prisão

²⁵³ *Idem op. cit.* Pág 46

irregular, onde porém três dos ministros aproveitaram para marcar seus posicionamentos favoráveis em relação ao tema e debater o tema da interrupção voluntária da gravidez sob a ótica da autonomia, mesmo que atrelada à questão de saúde pública. Tanto isso é verdade que os juízes, cada um em sua estratégia argumentativa, evocam decisões anteriores (sobre o mesmo tema) mutuamente divergentes.

Silva(2009), descreve como a inspiração para a construção do Supremo Tribunal Federal brasileiro é o modelo americano. Esse foi um dos motivos pelos quais apresentou-se comparativamente a decisão *Roe v. Wade*, já que a corte americana contém, de maneira similar ao STF brasileiro,

“[...]a forma de nomeação dos ministros, a sua vitaliciedade, as sessões públicas e as sustentações orais, a publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, individual e não-concatenada”²⁵⁴

Isso tem como consequência, como pode ser visto na descrição dos votos acima:

“(1) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; (2) inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e (3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma colagem, de decisões individuais;”²⁵⁵

Tal perfil do debate e de sua divulgação torna a tarefa de análise da Razão Pública daquela corte na decisão em torno do tema uma tarefa intrincada, já que os ministros votam sobre o mesmo tema com justificativas de tom, perfil, referências, retórica e forma distintos. Até mesmo o documento final é uma colagem sem padrão editorial, inclusive com modelos de formatação, paginação e até fonte distintos entre os diferentes votos. Some-se a isso o fato de que as decisões muitas vezes se dão com placares apertadíssimos, o que torna difícil pensar em termos de uma jurisprudência, pois,

“[...]se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um locus privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a

²⁵⁴SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In Revista de Direito Administrativo 250, pgs 197-227, 2009, p 197

²⁵⁵ *Idem op. cit.* Pág 196 -197

forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições.”²⁵⁶

O poder final seria, assim, fruto da relação entre os três poderes de forma responsável frente à sociedade civil.

O controle de constitucionalidade, como foi apresentado no texto, relaciona-se, para além do procedimento formal, com a forma como uma sociedade democrática interpreta suas leis e controla sua maioria transitória; com a maneira de, a partir destas decisões, a sociedade civil mobilizar-se em torno de um tema que diz respeito à vida de todos, e criar uma espécie de consenso, às vezes temporário, sobre ele. Mesmo que a idéia da Razão Pública seja uma construção teórica, ela serve como um horizonte normativo – como dito por Rawls, algo a ser almejado. Portanto, concordamos com Silva(2009) em sua afirmação de que é necessário

"iniciar uma discussão sobre a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, sobre formas de incrementar a interação entre os ministros e as possibilidades de diálogo. Neste ponto, a idéia de deliberação interna pode ser uma ótima idéia-guia.”²⁵⁷

Mesmo assim, neste momento final, cabe um esforço para pensar sobre o presente e o (sempre talvez) futuro. Uma das ações que tramitam no STF no presente momento é a ADPF 442/2017. Impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), reivindica a descriminalização do aborto até as 12 primeiras semanas de gravidez (3º mês gestacional), de maneira análoga às decisões internacionais precedentes. Desta forma, o pedido de arguição questiona os artigos 124 e 126²⁵⁸ do Código Penal por serem violações aos preceitos fundamentais garantidos às mulheres, fundamentado na mesma base argumentativa utilizada pelo Ministro Barroso no HC 124.306 acima mencionado e que tem a Ministra Rosa Weber como relatora, que também já votou de forma substantiva nas decisões mencionadas neste trabalho favorável a

²⁵⁶ *Idem op. cit.* Pág 218

²⁵⁷ *Idem op. cit.* Pág 221

²⁵⁸ Artigo 124 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54). Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Artigo 126 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940: Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilmente mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência Forma qualificada.

descriminalização. Nesta decisão, os acompanha o Ministro Fachin, na defesa da interrupção voluntária até o terceiro. Já os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello apresentaram posicionamentos progressistas em relação ao tema nas decisões anteriores, mas não se posicionaram em específico sobre o terceiro mês. Este cenário tem se mostrado aos grupos sociais pró-escolha como favorável e otimista para a descriminalização.

A audiência pública convocada pelo STF sobre a questão aconteceu na elaboração final deste texto dissertativo, causando grande comoção na imprensa e nas redes sociais. Por mais que seja uma ação em trânsito, considera-se importante citá-la devido ao seu cenário e composição. Além do fato de estar em voga no momento dissertativo deste trabalho, é a primeira com essa amplitude a ser discutida. Nos dois dias da audiência (3 e 6 de agosto de 2018), manifestaram-se um total de 60 especialistas, de diversas áreas e com posicionamento contrários, inclusive dentro das mesmas razões privadas.

A Ministra Rosa Weber se posicionou da seguinte forma na abertura destas audiências:

“[a] complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública como técnica processual necessária”²⁵⁹

Evoca, desta forma, o princípio norteador da Razão Pública para auxiliar na elaboração de uma decisão sobre o embate.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, C. *BEYOND A HOUSE DIVIDED - The moral consensus*. Disponível em: http://www.kofc.org/un/en/resources/communications/byhd_abortion_section.pdf (visto em 10/11/2017 às 18:43)

ARANTES, Rogério B. *Cortes Constitucionais*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling. (Org.). *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pgs 195-206.

ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís; PISANESCHI, Tatiane (Org). *Contracepção de emergência no Brasil e América latina: Dinâmicas políticas e direitos sexuais e reprodutivos*. Comissão de cidadania e reprodução: São Paulo, 2010;

_____. *Direitos Reprodutivos e o sistema judiciário brasileiro*. Comissão de cidadania e reprodução: São Paulo, 2010;

BIROLI, Flavia. *Gênero e família em uma sociedade justa*. In: BIROLI, F. & MIGUEL, L. F. (Org.) *Teoria Política e Feminismo: abordagens brasileiras*. Vinhedo: Editora Horizonte, pág. 211-242, 2012.

_____. *Autonomia, opressão e identidades: a ressignificação da experiência na teoria política feminista*. In: *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, 21(1): 424, janeiro-abril/2013, pág. 81-104.

_____. & MIGUEL, L. F. (Org.). *Aborto e democracia*. Estudos Feministas, Florianópolis, setembro-dezembro de 2012.

_____. *Feminismo e Política*. Boitempo: São Paulo, 2014.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERLIN, Isaiah. *Dos conceitos de liberdade*. In: *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. São Paulo: Ediouro, 1997.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993

CAETANO, Andre J., ALVES, Jose. E. D., CORRÊA, Sonia. (Orgs.). *As Políticas Populacionais e os Direitos Reprodutivos: O Choque de Civilizações versus Progressos Civilizatórios*. In: Dez anos do Cairo: tendências da fecundidade e direitos reprodutivos no Brasil. 1 ed. Campinas: ABEP/UNFPA, 2004, v. 1, pgs 37-38

DAHL, Robert. (2001). *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press

DESPOSATO, Scott; Ingram, Matthew; LANNES, Osmar. *Power, Composition, and Decision Making: the Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal*. Journal of Law, Economics, and Organization, 2014.

DWORKIN, R. *DOMÍNIO DA VIDA - Aborto, Eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *O Direito da liberdade - A leitura moral da Constituição Norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo, Editora Unesp, 2009.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. *The countermajoritarian opportunity*. Journal of Constitutional Law, University of Pensilvania, 2014. Vol 13:2, 353-395.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARCIA, C. *Breve História do Feminismo*. São Paulo: Editora Claridade, 2011..

GRIMM, Dieter. *To Be A Constitutional Court Judge*. Distinguished Fellow Lecture Series – A Conversation with Professor Dieter Grimm, NYU School of Law, Hauser Program, 2003.

HOLMES, Stephen. (2001) “El precompromiso y la paradoja de la democracia” in ELSTER, Jon and SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitucionalismo e Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001

KANT, E. *Crítica da Razão Pura*. Edição ACRÓPOLIS. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: br.egroups.com/group/acropolis/. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1781/mes/pura.pdf>

KRITSCH, R. *O gênero do público*. In: BIROLI, F. & MIGUEL, L. F. (Org.) *Teoria*

Política e Feminismo: abordagens brasileiras. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012, pgs. 17-45.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. In.: LOCKE, John. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Segundo Tratado sobre o Governo*. In.: Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Capítulos V, VIII, IX, XIII, XVI a XIX.)

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo e Rio de Janeiro: Campus Elsevier, cap 5, 2007, pgs 137-196,

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, v. 1., p.272, Cap 4, 2013.

MACKINNON, C. A. *FEMINISM UNMODIFIED - Discourses on life and law*. Cambridge, Massachusetts, and Lond, England: Harvard University Press, 1987.

MIGUEL, Luis Felipe. *Aborto e democracia*. Estudos Feministas, Florianópolis, 20(3), setembro-dezembro de 2012.

MILL, J. S. *Sobre a liberdade*. Editora Vozes: Petrópolis, 1991.

NOZICK, R. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

NUSSBAUM, M. C. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OKIN, S. *Gênero, o público e o privado*. In: Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto/2008, pág. 305-332. Tradução: Flávia Biroli.

_____. "Is Multiculturalism Bad for Women?" In: *Is Multiculturalism Bad for Women?* Joshua Cohen, Matthew Howard, and Martha C. Nussbaum. Editores. Princenton, New Jersey: Princenton University Press, 1999. DISPONÍVEL EM: <http://bostonreview.net/archives/BR22.5/okin.html>

_____. *Justice, Gender, and the Family*. New York: Basic Books, 1989.

PATEMAN, C. *Críticas Feministas a la dicotomía público/privado*. Barcelona: Editora Paiadós, pág. 2-23, 1996.

ROHDEN, F. *Arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2003.

RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Uma teoria de Justiça*. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

_____. *O direito dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. In Revista de Direito Administrativo 250, pgs 197-227, 2009.

TAYLOR, Matthew. *Judging policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford, Stanford University Press. Caps 2 e 4, pgs 13-47; 72-89, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo: Martins fontes, 2005.

VALENTINI, L. Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/63680/1/Valentini_Ideal_vs_non-ideal_author_2012_LSERO.pdf (acessado dia 07/09/2018 às 20:42)

WALDRON, Jeremy. (1999). Law and disagreement. Oxford, Clarendon Press.

BRASIL. Lei Federal (lei de biossegurança) n. 11.105, de 24 de março de 2005. D.O.U. de 28/03/2005, pag. 1.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 28/06/2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. D.O. de 31/12/1940, pag. 2391.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 29/06/2017.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal de Federal. Ação de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de abril de 2012.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 28/06/2017.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. 24 de março de 2005.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 28/06/2017.

RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 124.306. Relator Min. Marco Aurélio. 29 de novembro de 2016.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso

em 28/06/2017.